

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *Ruby Arango Alzate*
DEMANDADO: *Colpensiones*
RADICACIÓN: *76001-31-05-003-2017-00443-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia # 036 de marzo 07 de 2018*
ORIGEN: *Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Declaratoria de contrato realidad*
DECISIÓN: *Confirma.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por la **PARTE DEMANDANTE** en contra a la sentencia # 036 del 07 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **RUBY ARANGO ALZATE** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y el integrado como litis consorte necesario el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADADO** con radicado No. **76001-31-05-003-2017-00443-01**.

SENTENCIA No. 232

DEMANDA¹. Se pretende se declare que entre los litigantes existió un contrato realidad desde el 17 de abril de 2009 hasta el 18 de diciembre de 2015 en la modalidad que corresponda sea indefinida o fija, igualmente que entre el otrora ISS y Colpensiones se presentó una sustitución patronal en los términos del artículo 67 y siguientes del CST y que el ISS hoy Colpensiones pretendió simular el contrato de trabajo mediante contratos sucesivos de prestación de servicios; consecuentemente, se condene a la demandada por el tiempo que estuvo vigente el contrato: al pago de salarios,

¹ Fls. 493-519

por cesantías la suma de \$35.165.152, por intereses de cesantías \$8.439.636, primas de servicios \$35.165.152, vacaciones \$20.332.000, la sanción moratoria por la no consignación de cesantías \$354.708.828, indemnización moratoria del artículo 65 del CST \$153.805.600, indemnización por despido injusto 27.027.433; subsidiariamente se condene a la demandada a pagar la indemnización por un período igual a un año, esto es la suma de \$86.112.000, teniendo en cuenta el salario que devengaba por un valor de \$7.176.000 toda vez que las causas por las cuales se suscribió el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año no han desaparecido y en su lugar se contrató a otra persona; pago de los aportes a seguridad social de acuerdo al salario percibido, la indexación de las sumas adeudadas, se aplique los criterios extra y ultra petita y el pago de las costas y agencias en derecho.

Se relatan cómo hechos relevantes, el desempeño de la actora como abogada del ISS hoy COLPENSIONES, mediante contratos de trabajo sucesivos inferiores a un año desde el 17 de abril de 2009 hasta el 18 de diciembre de 2015; que dentro de las obligaciones que le tocaba desempeñar estaba su actividad personal que no se podía sustituir y no gozaba de autonomía técnica ni administrativa; que a partir del mes de marzo de 2014 hasta el mes de diciembre de ese año le fue impuesta la obligación de responder por 200 procesos asignados al Juzgado 11 Laboral del Circuito de Cali, debiendo elaborar proyecciones de las contestaciones conforme a las directrices impartidas por su empleador, atender audiencias, vale decir ejercer todas las acciones de defensa de la entidad Colpensiones y en enero de 2015 fue reasignada al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali; que el horario de trabajo que se le impuso correspondía al de los despachos de juzgados laborales de 8:00 am a 12:00 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm y luego de 8:00 am a 12:00 pm y de 1:00 pm a 5:00 pm de lunes a viernes, debiendo estar disponible para cualquier requerimiento, en especial los solicitado por la Contraloría a la entidad, que el 21 de diciembre de 2012 el ISS modificó mediante otro sí el contrato de trabajo celebrado el 17 de abril de 2009, cediéndolo a COLPENSIONES, fue así que ella continuó realizando las mismas funciones y obligaciones para las que había sido contratada; que el ISS hoy Colpensiones quiso evadir sus obligaciones laborales denominando los verdaderos contratos de trabajo como prestación de servicios, pero que en el clausulado de tales contratos se pueden establecer con claridad los elementos del contrato pues se consignan directrices y se señala la remuneración percibida; que la demandada incurrió en

irregularidades como no consignar las cesantías y no efectuar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social; que el contrato de trabajo fue terminado injustificadamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES² Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la demandante estuvo vinculada como abogada externa con contrato de prestación de servicios profesionales bajo los parámetros de la ley 80 de 1993, para ejercer el mandato al ISS en varias oportunidades como contratista independiente, por períodos distintos e interrumpidos, con total autonomía para el desarrollo de sus funciones. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia del derecho e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción y compensación³.

PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO⁴ Se opuso también a todas y cada una de las pretensiones de la demanda invocando la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, al considerar que en el evento de resultar probados los fundamentos fácticos y declarado el derecho a favor del demandante, quien debe ser condenada es COLPENSIONES.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en sentencia de 12 de diciembre de 2019, resolvió absolver al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN y a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Luego de comparar las normas correspondientes al contrato de trabajo y los contratos de prestación de servicios regulados en la ley 80 de 1993 y los criterios de primacía sobre la realidad, concluyó la a quo que, a pesar de que la parte demandante ha demostrado una prestación del servicio y que esta estuvo remunerada, la pasiva pudo demostrar que las actividades de coordinación, vigilancia, rendición de informes, reiteración de requerimientos no genera para nada subordinación en la relación señalada

² Fls. 543-566

³ Fls

⁴

existente en cada contratos de prestación de servicios, habiendo anotado previamente que el elemento prestación de servicios es idéntico para ambos contratos: el laboral y el de prestación de servicios, así como la remuneración, pero que lo verdaderamente determinante que es la inexistencia del elemento subordinación, este no se pudo desvirtuar, pues aun cuando existía una labor de verificación o coordinación al interior de la demandada respecto de cómo se debía presentar las contestaciones y se acreditan entregas de informes, estas actividades no se atemperan a un ejercicio subordinante del empleador sobre el contratista sino al ejercicio de la entidad pública de realizar una correcta distribución y el buen uso de sus recursos, pues no se acreditó que la parte actora cumpliera horarios o tuviera dedicación exclusiva, que, por el contrario, la defensa de la entidad jurídica correspondía únicamente a ella y no a la entidad.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La **PARTE DEMANDANTE** presentó recurso de alzada solicitando se revoque la sentencia y por tanto se condene a las demandadas en los términos solicitados en el escrito de la demanda, argumentando que habiendo encontrado el despacho que la demandante prestó de manera personal el servicio a las entidades demandadas, con ese solo hecho se configura la existencia del contrato de trabajo conforme los artículos 23 y 24 el CST tal como lo tiene establecido la CSJ y la Corte Constitucional, lo cual constituye doctrina favorable, y es obligación del juez utilizarla. Agrega que el despacho no efectuó una correcta valoración de las pruebas allegadas al plenario, con el que está demostrado la existencia del contrato realidad y la obligación del operador judicial de realizar condena por los pedimentos de la demanda, pues este no efectuó una correcta aplicación de la presunción establecida en el artículo 24 del CST, máxime cuando la demandada no allegó ningún medio probatorio que permitiera derrumbarla, por el contrario su representante legal no asistió al interrogatorio de parte y por tanto se debió declarar presumidos los hechos susceptibles. Señala que frente a la testigo presentada por la demandada Claudia Melissa Rengifo Ortiz, tenida en cuenta por el despacho, no es cierto que esta haya dicho que lo que tenía era una prestación de servicios, sino que esta indicó que había prestado una labor, y una labor se refiere es a contrato de trabajo. Igualmente, que la misma declarante señaló que se revisaban las contestaciones de la demanda para verificar si el abogado estaba contestando de manera equivocada frente a las directrices que había

presentado COLPENSIONES, hecho del cual se desprende una subordinación, reiterando que este elemento no debe ser demostrado por la demandante.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión; presentándolos ambos extremos de la litis. El apoderado de la parte demandante, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho esbozados en la demanda; y los apoderados de las demandadas reiterando los fundamentos expuestos en la contestación.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: (i) si la relación contractual que existió entre las partes puede encuadrarse dentro de las reguladas por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, o por el contrario, constituye un verdadero contrato de trabajo, y de ser procedente, (ii) determinar la viabilidad o no de las prestaciones sociales legales, tales como cesantías e intereses de las mismas, prima de servicios y vacaciones, pagos de aportes a seguridad social e indemnización moratoria establecida en el Decreto 797 de 1949 iii) en caso de resultar avante las pretensiones si la llamada a responder es COLPENSIONES por haber operado la sustitución patronal respecto del ISS liquidado.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Observa la Sala que en el plenario no es objeto de discusión que la parte demandante estuvo unida con el Instituto de Seguros Sociales liquidado mediante varios contratos de prestación de servicios, siendo el primero el identificado con # 4400000162 con fecha de suscripción 16 de abril de 2009, y el último el # 44000001998 del 10 de julio de 2012, el cual fue cedido a COLPENSIONES mediante otro si modificatorio y que de acuerdo a la

cláusula trigésima se prorrogó hasta el 30 de marzo de 2013, como abogado profesional u abogada externa, conforme certificaciones expedidas por el ISS en liquidación en los folios 9 a 14. Igualmente, con las aceptaciones de ofertas por parte de COLPENSIONES a folio 41 a 46 se tiene que la demandante continuó prestando servicios a COLPENSIONES, teniendo como término final el 18 de diciembre de 2015.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DEL ISS y COLPENSIONES. A efectos de precisar la naturaleza de los servidores del ISS, es pertinente acudir al Decreto 2148 de 1992, que contempla que “El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad”, carácter que mantuvo con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, el Decreto 1151 de 2007 en su artículo 155 creó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente y el decreto ley 4121 de 2011 la cambió a empresa industrial y comercial del Estado, organizada como empresa financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo.

Ahora, quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen, en principio, la calidad de trabajadores oficiales, de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del decreto 3135 de 1.968, artículo 3° del decreto 1848 de 1.969 y el artículo 3° del decreto 1950 de 1.973, salvo las personas que desarrollan actividades de dirección o confianza, situación que requiere que en los estatutos de la respectiva empresa se establezca qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Como quiera que las funciones desarrolladas por la actora como abogada externa, no fueron objeto de controversia, en caso de comprobarse la existencia del vínculo laboral, la señora RUBY ARANGO ALZATE, ostentaría la calidad de trabajadora oficial.

DEL CONTRATO REALIDAD. El Decreto 2127 de 1975 que regula los elementos del contrato de trabajo frente a los trabajadores oficiales fue compilado por el Decreto 1083 de 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública en su título ***normas relativas al trabajador oficial*** artículos 2.2.30.2.1, 2.2.30.2.2, y 2.2.30.2.3, dispone que se configura una relación laboral por ende un contrato de trabajo ante la concurrencia de los siguientes elementos: i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución; el cual no dejará de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera. Así mismo, que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y corresponderá a este último derruir la presunción.

En el presente caso viene aceptada la prestación personal del servicio del demandante por lo que opera en su favor la presunción del Decreto 1083 de 2015, ergo activada dicha presunción es al presunto empleador quien le corresponde desvirtuar los elementos del contrato de trabajo, si desea librarse de las consecuencias de su declaratoria. Así lo ha dicho la Corte Constitucional desde antaño en sentencia de constitucionalidad C - 665 de 1998, donde precisó:

“La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.”

El mismo criterio lo expone la Corte Suprema de Justicia desde sus principios y es el criterio que se mantiene pacífico en su jurisprudencia como

en la SL 2080 de 2022 que rememora lo dicho por esa corporación en la sentencia SL4537-2019, reiterada, entre otras, en la SL825-2020, frente al marco de los contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo. Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adoctrinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.”

Se encuentra entonces, que el juez no debe limitar su estudio a lo plasmado en los documentos allegados al proceso y en las afirmaciones expresadas por las partes. El deber del juez es indagar en los hechos, abstraer y relacionar las pruebas aportadas de manera razonable, con el fin de hallar en el entrettejido probatorio la verdad real de las cosas, y no la verdad ficta que se presenta superficialmente.

CONTRATO DE TRABAJO VS. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. El contrato de prestación de servicios se diferencia del contrato laboral por cuanto la persona que es contratada, llámese contratista, es independiente y autónoma de quien la contrata. En consecuencia: 1) tiene conocimientos especializados para llevar a cabo una tarea específica que no es afín al objeto social que ejecuta el empleador. Por esta razón se precisa su contratación de manera externa, y no interna a la planta; 2) maneja sus

propios horarios; 3) generalmente desarrolla la actividad requerida en sus propias instalaciones y con sus propios medios técnicos y científicos; y principalmente 4) no recibe órdenes ni está sujeta a los reglamentos de quien solicita sus servicios; de manera que no puede ser objeto de sanciones.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ENTIDAD DEL ESTADO. Por otra parte, el contrato de prestación de servicios con el Estado tiene características específicas al ser regulado por disposición especial. En efecto, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la Ley, la función pública podrá ser desarrollada por personas externas que se vinculan a las entidades estatales a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios. La norma expresa:

“3. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Se desprende entonces de la norma en cita, que las funciones pactadas a través de esta modalidad contractual deben cumplir con dos requisitos: 1) que sean relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad contratante; y 2) que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o interno de la entidad o por requerir, como se venía diciendo, un conocimiento especializado.

Tenemos, entonces, que el contrato de prestación de servicios es:

“...un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción. (Corte Constitucional C-094 de 2003)”.

Además de los elementos anteriores, la Corte Constitucional ha adicionado otros puntos a tener en cuenta para determinar la existencia efectiva del contrato de prestación de servicios y no la posible simulación de un real contrato de trabajo. En este sentido, ha considerado que la propia naturaleza del contrato que se estudia exige que éste sea temporal, celebrándose por el término estrictamente indispensable para ejecutar el

objeto acordado. Pues en caso contrario, “será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

Ahora bien, en Sentencia C-154 de 1997 la Corte estudió la exequibilidad de algunos apartes del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y como producto de este examen, puntualizó las características que definen e integran el contrato de prestación de servicios entre una persona natural y el Estado, la cuales se transcriben a continuación:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la

subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.” (Énfasis fuera del texto).

Conforme todo lo expuesto, la Sala examinará a continuación qué presupuestos o requisitos se cumplen en el caso objeto de estudio.

CASO CONCRETO. Como primera medida, debe acotarse que, del análisis hecho en precedencia, se extraen a grandes rasgos, tres características esenciales de los contratos de prestación de servicios, es decir, una obligación de hacer en cabeza del contratista, la temporalidad de la vinculación (no es permanente) y la autonomía e independencia con que se ejecuta la labor contratada.

La parte demandante para demostrar sus afirmaciones acompañó al proceso los diferentes contratos de prestación de servicios y certificaciones sobre los mismos contenidos en los folios 6 a 27, es así que en la certificación de 05 de marzo de 2013 expedida por el Gerente Seccional ISS en Liquidación se menciona que la señora RUBY ARANGO ALZATE de acuerdo al contrato de prestación de servicios profesionales 44000001998 se comprometió con el INSTITUTO a la prestación del servicio de representación jurídica del INSTITUTO como *abogado profesional* en orden de defender sus intereses dentro de los procesos asignados, previa entrega del respectivo poder, comprometiéndose a elaborar conceptos jurídicos y a prestar la asesoría que le solicitó el Gerentes Seccional y la Directora Jurídica Seccional del Valle de EL INSTITUTO y se obligó de acuerdo a la cláusula quinta a a) actuar como apoderado judicial de EL INSTITUTO desde el momento en que se expida el poder correspondiente hasta que se presente la sustitución autorizada por la Dirección Jurídica Seccional Valle o la revocatoria del poder(...) b) Asumir con toda atención y diligencia profesional a la adecuada defensa de los intereses de EL INSTITUTO c) obtener la condena y liquidación de costas en favor de EL INSTITUTO(...) d) Efectuar a su costa los gastos de notificaciones, desgloses, desarchivo de expediente, expedición de copias y transportes y aquellos necesarios para el correcto cumplimiento de los procesos (...) e) presentar el último día hábil de cada mes por escrito a la Dirección Jurídica Seccional informes y a la Dirección Jurídica Nacional, cuando esta lo requiera informes de avances y de gestión sobre el estado de los procesos a su cargo, impreso directamente desde el aplicativo que EL INSTITUTO disponga para el efecto. Lo anterior

sin perjuicio de los informes extraordinarios que se le soliciten o que el contratista considere conveniente presentar. f) entregar copias de las actuaciones procesales tales como contestaciones de la demanda, recursos alegatos etc. (...) g) actuar en coordinación con la dirección jurídica seccional Valle de EL INSTITUTO y de conformidad con las directrices impartidas por la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional, respecto de la política a seguir para la correcta atención de los procesos a su cargo, sin perjuicio de su responsabilidad profesional.

En cada uno de los contratos se pueden ver cláusulas relacionadas con este tipo de funciones que debía cumplir la demandante, esto es a propender la defensa jurídica del ISS y posteriormente COLPENSIONES en procesos judiciales adelantados contra dichas entidades.

A folio 28 a 40 se encuentra documento sin firma denominado *instructivo para la estructuración, validación, y carga de la información al sistema único de gestión e información litigiosa del estado*, en el cual se define cómo se debe diligenciar la información relacionada con demandas en contra del Estado.

En los folios 74 a 97 requerimientos del Presidente Delegado ante el Comité de Defensa Judicial y Conciliaciones ISS para gerentes seccionales y directores jurídicos ISS, de Jefe de Unidad de Procesos Directora Jurídica del Valle, jefe de departamento del pensionado, entre otros, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones que se debe adelantar por los abogados de Colpensiones en cada uno de los escenarios judiciales acorde con la defensa nacional del Estado, entre ellos el que obra a folio 88 dirigido para *abogados externos ISS* del 29 de septiembre de 2011, el cual no tiene firma de quien lo suscribe, sin embargo en el encabezado se lee ISS y se señala como asunto obligatoriedad cumplimiento contractual, en los que se le recuerda que la defensa judicial no consiste solo en contestar la demanda sino contestarla con calidad y dentro del término legal, así como asistir a las audiencias programadas por los diferentes despachos judiciales.

En los folios 98 a 474 correos electrónicos masivos relacionándose como asuntos capacitación defensa judicial, así como para la aplicación de la aplicación litigob, relacionadas con temas laborales, como remitir demandas y contestaciones de demandas, celebración de novenas, solicitudes de mandamientos de pagos y liquidación de crédito, reiteración de informes,

procesos sin bajar, entre otros trámites relacionados con la defensa jurídica del ISS.

En el mismo sentido, la parte demandante trajo el testimonio de la señora MIRIAM GARCÍA MOLINA, testigo que manifestó ser también abogada litigante y haber sido compañera de la abogada RUBY ARANGO, a quien indicó conocer desde el año 2009, cuando esta empezó a laborar ese año en el ISS, teniendo en cuenta que la testigo ya laboraba desde el año 2006 en el ISS.

Cuando fue interrogada la testigo sobre las funciones desempeñadas por la actora, dijo que ésta realizaba contestaciones de la demanda, respondía informes, hacía las fichas técnicas de las conciliaciones, realizar diligencias en el SIAN, VISAGE Y EL LITIGOL, resolver los requerimientos de la contraloría.

Especificó en respuesta a la a quo sobre donde se realizaban las descritas actividades, que se llevaban a cabo en el juzgado hasta el año 2014 y en el año 2015 en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Agregó que ella no veía cuando la demandante elaboraba las contestaciones, explicando “a cada uno le entregaban las demandas y cada uno se ponía ya fuera en su casa o en su oficina o donde a ella le tocara”.

Respecto del cumplimiento de horarios dijo que el área jurídica les daba la historia laboral del demandante, entregan los poderes y en Colpensiones lo mismo, que las fichas técnicas de las conciliaciones y requerimientos de la contraloría lo realizaban en la casa.

Frente a la imposición de órdenes dijo que esta se la daba en el ISS la asesora jurídica y el gerente y en Colpensiones el master, sin embargo, más adelante en su declaración aclaró que no era el gerente directamente sino a través de la asesora jurídica con copia al gerente.

Mencionó que la asesora jurídica le dio como una especie de instructivo para contestar las demandas y en Colpensiones le daban un manual para que las contestaciones fueran ceñidas a él.

Indicó que asistía a reuniones en el Seguro Social en un salón o algún lugar que contrataran para dicha finalidad.

Afirmó que en Colpensiones y el ISS existían abogados internos pero que estos no contestaban demandas ni iban a los juzgados, y que no tenían horarios en COLPENSIONES, sino que tenían que estar en los juzgados, que era tanto el trabajo, que le asignaron un juzgado por persona.

En respuesta a la apoderada de COLPENSIONES informó que la remuneración de los contratos estaba relacionada con los 200 o 300 procesos que tenían que contestar, que la seguridad social era pagada por ellas de forma independiente, que las impresiones, copias, las asumía cada persona y que no tenían cláusula de exclusividad.

La parte demandante solicitó los testimonios de los señores LUIS FERNANDO CORDOBA COLONIA y ROSA ELENA SALAZAR los cuales no fueron escuchados por la a quo por habersele descubierto al primero en sus manos un escrito contentivo con las respuestas a las preguntas que les elaboraría el apoderado de la parte demandante, del cual también mencionó la segunda de las testigos haberlo tenido en sus manos. Dicho escrito fue solicitado por la a quo le fuera entregado y lo incorporó al expediente a folios 715 a 721.

Por su parte, COPENSIONES aportó al proceso el testimonio de la señora CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ, declarante que manifestó ser también de profesión abogada, que trabaja actualmente en COLPENSIONES como profesional senior desde 09 de junio de 2015, la que dijo que a la demandante no se le imponía horarios que lo que le consta es que se necesitaban abogados para la defensa judicial y estos se contrataron para que la ejerciera en el tiempo que dispusieran, es decir si iban a audiencia en el tiempo que les fijara la audiencia, si iban a contestar la demanda, y que por esa actividad se les pagaba honorarios para los cuales, ellos presentaban cuentas de cobro, previo pago de los aportes a seguridad social como independiente.

Señaló que, a los abogados se les daba unos procesos para adelantar la defensa judicial, y que como se trataba de dineros públicos, al momento de presentar sus cuentas de cobro ellos presentaban copia de la última y a efectos de que si alguno si hubiera inactivado el mismo no fuera objeto de cobro.

Dijo que los litigantes no tenían exclusividad, sino que podían ejercer su profesión, que el tope máximo de los procesos que se les asignaba era de 200 procesos, pero que esto no quiere decir que por esos procesos se le pagaran mes a mes, dependía de que el proceso estuviera activo,

Cuando fue indagada por el apoderado de la parte accionante de si tuvo alguna interacción con la demandante, respondió que sí, porque a ella (la testigo) le fue asignada las funciones de fichas de conciliación, calidad de las contestaciones y el avance de casos en el SAYI y que tuvo contacto con la demandante en el caso de la contestación de algún proceso pero para verificar como una auditoría *“si se había presentado sobre todos los hechos, sobre las pretensiones pero no tanto como de fondo, digamos si eran cinco hechos que se pronunciara sobre los cinco hechos”* y cuando se le recibían las sentencias de procesos inactivos, aclaró que ese era el contacto que se tenía con ellos no dentro de las instalaciones, porque no pertenecían a la planta de COLPENSIONES, sino que ejercían su labor en la calle, los despachos judiciales donde debían realizar la defensa de sus procesos

Sobre si la actora tenía algún instructivo la testigo respondió que a los abogados cuando se les contrata se les mira que tenga unos conocimientos mínimos sobre el área y en base a su conocimiento realizaban la defensa, que ellos miran cual es el mecanismo, piden las pruebas que sean necesarias, pero que lo que no podían hacer como abogados era dejar de propender por los intereses de la entidad pues para eso se les había contratado.

Respecto de las capacitaciones realizadas por COLPENSIONES dijo que estas no eran capacitaciones como tales sino retroalimentación en el sentido de falencias que se veían, cuando se revisaban las contestaciones, que la retroalimentación era ejercida de manera general no a un abogado en particular ni sobre un asunto especial, sino que se traían ejemplos incluso de otras regionales para que no se cometieran los mismos errores, pero que nunca se les dijo a ellos *“vea así tiene que trabajar en esta minuta porque ellos en el propio ejercicio de su profesión, de la experiencia que certificaron en algún momento, tenían que ejercer la defensa judicial de la entidad”*.

Valorado los anteriores medios probatorios, concluye esta Sala que tal como lo razonó la a quo y no como lo interpretó el recurrente, si bien la demandante acredita la prestación del servicio primeramente al ISS y posteriormente a COLPENSIONES, la demandada COLPENSIONES, desvirtuó la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 compilado en el Decreto 1083 de 2015, por las siguientes razones:

Al observar detenidamente los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos, se puede establecer que cumplen el criterio de necesidad contemplado en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y de la conveniencia en su momento para el ISS y COLPENSIONES de realizar la defensa jurídica de la entidad que no podría ser realizada con personal interno debido al hecho conocido a nivel nacional de la alta litigiosidad de los trámites ante el otrora ISS hoy COLPENSIONES, y lo cual se refuerza con prueba testimonial arrimada, donde se dejó claro que a la demandante se le asignaba un tope de 200 procesos, los cuales debía elaborar la correspondiente defensa y que este número es solo el de un juzgado.

Del mismo, modo se observa que la coordinación con la dirección jurídica seccional Valle de EL INSTITUTO y de conformidad con las directrices impartidas por la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional, señalada en los contratos que se suscribieron con el ISS, hacen parte de los medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación dispuesta en el numeral 1 del artículo 14 de la misma ley 80 de 1993, esto es la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, pero que en nada se asemeja a subordinación por parte de la entidad pública sobre el contratista. Acorde con este punto, la testigo traída por COLPENSIONES, CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ, indicó que la actora no recibía directrices o capacitación sino retroalimentación a nivel de aspectos generales a efectos de que en la defensa no se reiterara en falencias ya detectadas.

Se refuerza aún más que la actora no estaba subordinada, cuando quedó plenamente identificado con el testimonio de la profesional senior traída por COLPENSIONES que la litigante no cumplía horarios, que asumía la defensa jurídica de la entidad en el tiempo que ella dispusiera acorde con la agenda de programación de las diferentes diligencias de los respectivos despachos judiciales laborales, por lo que no puede colegirse

un cumplimiento de horarios como se pretende en la demanda ligada al de los estrados judiciales, teniéndose en cuenta la naturaleza misma de la profesión de la actora -abogada- que hace imposible identificar el cumplimiento de las tareas en un espacio de tiempo determinado cuando se labora de forma externa.

La misma testigo traída por la parte activa MIRIAM GARCÍA MOLINA, fue transparente cuando dijo que en COLPENSIONES no cumplían un horario, y que todos los trámites de la defensa se hacían en la casa u oficina, aquel que la tuviera o “donde le tocara”.

De los contratos se informa también que la abogada asumía todos los costos de gastos de notificaciones, desgloses, desarchivo de expediente, expedición de copias y transportes y aquellos necesarios para el correcto cumplimiento de los procesos, hecho ratificado por la colega de la demandante, Dra. MIRIAM GARCÍA MOLINA en su declaración, por lo que se cumple con otra de las subreglas expuestas por la Corte Constitucional relativas al contrato de prestación de servicios con el Estado y es que el contratista disponga de autonomía administrativa, y que contenga un amplio margen de discrecionalidad respecto a los métodos y medios que tiene a su disposición para ejecutar el objeto contractual, de manera que éste no está sujeto a superiores o jefes inmediatos que le indiquen en su devenir diario el adecuado ejercicio de sus labores, dado que se debe a su conocimiento especializado, el cual no ostenta ningún otro de los empleados de planta, que se han contratado sus servicios.

Sobre este último aspecto, la testigo MIRIAM GARCÍA MOLINA, advirtió que los abogados internas de COLPENSIONES no iban a los juzgados ni contestaban demandas, de lo que se colige que las funciones realizadas por los abogados internos de COLPENSIONES no son equiparables a los de los abogados externos contratados precisamente por su especialidad y experiencia en litigio, fue así que también la testigo de COLPENSIONES ilustró que para la contratación de profesionales externos se toman en cuenta requisitos mínimos de conocimientos y de experiencia y con base a ella realizan por sus propios medios la defensa.

No menos relevante resulta para este asunto que las testigos manifestaron que no había cláusula de exclusividad de la litigante para con las entidades públicas y que la actora por la prestación de sus servicios

presentaba cuentas de cobro, acompañadas de la última pieza para lograr el respectivo pago, al punto que de los 200 procesos asignados se le pagaba por los que se habían logrado tramitar, pues si alguno se inactiva sobre este no se efectuaba pago.

Así las cosas, como bien lo reflexionó la juez de primera instancia la demostración en el presente proceso de la prestación de un servicio y su remuneración son elementos concomitantes en uno y otro tipo de contratación sea laboral o de prestación de servicios, no obstante el elemento determinante como es el de la subordinación quedó derruido, al verificarse que la labor de abogada desempeñada por la señora RUBY ARANGO era ejercida de manera independiente y autónoma, de tal forma, que de acuerdo a lo considerado en precedencia, los mencionados contratos de prestación de servicio no perdieron su esencia y por tanto no es posible declarar la primacía de la realidad sobre las formas contenida en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Colofón de lo anterior, la Sala descarta la existencia de una indebida valoración de los elementos de prueba denunciados por el recurrente en su alzada; comoquiera que lo que resulta palmario de tales probanzas es que desvirtúan la presunción del artículo del Decreto 2127 de 1945 compilado en el Decreto 1083 de 2015, en tanto de ellos, valorados de manera conjunta emerge la prestación no subordinada de los servicios contratados, ergo acertó la instancia al no declarar la existencia del contrato realidad, quedando incólume la conclusión del juzgado, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia.

Por sustracción de materia la Sala se releva del estudio del segundo y tercer problema jurídico al no existir condena alguna en contra de las convocadas, resulta inane estudiar sobre la sustitución patronal deprecada

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente, por no haber prosperado su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

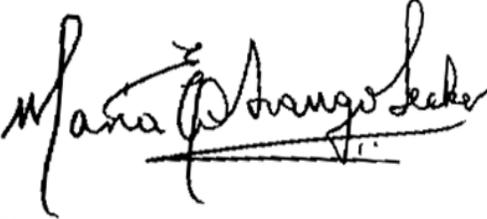
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia #36 de 07 de marzo de 2018, emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: CLARA ELCY CHAPARRO SÁCHICA
DEMANDADO: COLPATRIA S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-006-2016-0004-01
ASUNTO: Apelación sentencia de 25 de noviembre de 2019
ORIGEN: Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMAS: Estabilidad laboral reforzada – Renuncia – Vicios del consentimiento
DECISIÓN: Confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la Sentencia No. 382 del 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **CLARA ELCY CHAPARRO SÁCHICA** contra **BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-006-2016-00004-01**.

SENTENCIA No. 236

DEMANDA¹. Pretende principalmente la promotora de la acción que se declare que la terminación del contrato de trabajo celebrado entre las partes se terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; que se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento del despido y, por tanto, gozaba de estabilidad laboral reforzada; como consecuencia de ello,

¹ Fs. 98-117

se condene a la demandada a reintegrarla a un cargo igual o de mejor asignación salarial del que tenía al momento del despido; al pago de los salarios y aportes a la seguridad social causados desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro y; al pago de la indemnización de 180 días de salario por haberse terminado el contrato de trabajo a una persona con estabilidad laboral reforzada. Subsidiariamente, pretende se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto y a la sanción moratoria.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó con COLPATRIA S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el 20 de junio de 1996, desempeñando diversos cargos, siendo el último de ellos el de Profesional I Crédito Pyme; que entre 8 de junio de 2002 y mayo de 2009, mientras desempeñaba el cargo de Auditora Regional, sufrió deterioro en su salud a raíz del cumplimiento de sus funciones, siendo diagnosticada en enero de 2004 con artritis reumatoidea degenerativa, por el cual inició tratamiento con corticoides; que en enero de 2006 se le diagnosticó síndrome de Sjögren; que con la evolución de sus patologías se le fue acondicionando su puesto de trabajo a fin de mitigar sus dolores; que en 2012, por solicitud de la empresa, se le realizó a ella y otros trabajadores, un estudio del puesto de trabajo para que se emitieran recomendaciones laborales; que en 2014, también por solicitud de la empresa, se les realizó a los trabajadores un examen periódico ocupacional en el cual se le volvieron a emitir recomendaciones; que el 16 de octubre de 2014, el banco realizó cambios en su estructura administrativa y de negocios clausurando el área de crédito pyme a nivel nacional, por lo cual terminó unilateralmente el contrato de trabajo de algunas personas reconociéndoles la indemnización de ley, pero hubo un grupo de personas quienes tenían un crédito hipotecario con la entidad, a quienes se les “chantajeó” para que renunciaran con el beneficio de mantener la tasa preferencial de la que gozan los empleados del banco, por lo que se le indujo a presentar una carta de renuncia ese mismo día que había sido previamente elaborada por la entidad, pero firmó en contra de su voluntad, pues lo hizo bajo una presión insuperable, lo cual se constituye en un despido unilateral y sin justa causa; que desde su despido sus patologías se han agravado; que le fue calificada su PCL con un 26.60 % estructurada desde el año 2004, razón por la que gozaba de estabilidad laboral al momento de su despido; que interpuso acción de tutela por violación a su derecho fundamental al trabajo, pero fue declarada improcedente en primera y segunda instancia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPATRIA S.A.². La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso que la protección reclamada se predica de los casos en que el empleador decide unilateralmente terminar el contrato de trabajo, no siendo el caso de la demandante, pues fue ella quien de forma libre y voluntaria decidió presentar su renuncia, pero que, en todo caso, para ese momento no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, ya que en los últimos años de labores no presentó ninguna incapacidad, pues la última fue en 2013 por enfermedad general. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 382 del 25 de noviembre de 2019, absolvió a COLPATRIA S.A. de todas las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la demandada y; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, que dentro del interrogatorio de parte la demandante aceptó que, ante la inminente terminación de su contrato de trabajo como consecuencia de la reestructuración del banco, optó por aceptar la propuesta que se le hizo y presentó su renuncia a fin de recibir la suma de \$38.000.000 y mantener las condiciones de su crédito hipotecario, por lo cual no estaba probado que la terminación del contrato se hubiese dado por decisión unilateral del empleador y menos que estuviese asociada a la enfermedad que le fue diagnosticada por un criterio discriminatorio, pues los testigos indicaron que para esa misma fecha se le terminaron los contratos de otros trabajadores como consecuencia de la reestructuración de la entidad financiera.

² Fs. 281-299

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada argumentó que de acuerdo a su interpretación, el proceso tiene dos problemas jurídicos a resolver; el primero, si la terminación del contrato de trabajo fue en realidad producto de una renuncia o de una decisión unilateral y sin justa causa del empleador y; el segundo, si la actora se encontraba en debilidad manifiesta lo que la hacía acreedora a la estabilidad laboral reforzada. Agrego, frente al primer problema jurídico, que en la contestación de la demanda la entidad nunca alega que la terminación del contrato de trabajo fuera producto de una negociación, por el contrario, siempre planteó que ello se dio por renuncia libre y voluntaria de la actora y que el beneficio del crédito fue producto de la mera liberalidad de la empresa. Además, que del interrogatorio del representante legal de la entidad financiera se concluye que el banco realizó una restructuración de área crédito pyme en donde laboraba la demandante, quien no presentó su carta de renuncia por su propia voluntad, sino que el banco le propuso un negocio mediante el cual ella presentaba su renuncia y la entidad le pagaría una bonificación por mera liberalidad y le mantendría los beneficios del crédito hipotecario que tienen los empleados del banco y, en caso de que no hubiese aceptado, el banco le hubiese terminado el contrato de trabajo sin justa causa, por lo que está probado que el vínculo laboral terminó por decisión unilateral del empleador, ya que está viciada la renuncia por el chantaje de obtener un beneficio de acuerdo con el artículo 1513 del Código Civil, debido a que se vio forzada a suscribir la renuncia por la situación particular en la que se encontraba. Asimismo, que su estado de debilidad manifiesta está plenamente demostrado con las pruebas practicadas que no fueron tachadas por las partes.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandada insistió en los argumentos de defensa de la contestación de la demanda. La parte demandante guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...las materias objeto del recurso de apelación...” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centran a resolver: **(i)** Si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la finalización del contrato de trabajo; **(ii)** determinar si en la renuncia presentada por la actora medió la fuerza como vicio de su consentimiento y, por tanto, si se debe tener la terminación del contrato de trabajo como una decisión unilateral y sin justa causa del empleador y, en consecuencia; **(iii)** si procede ordenar el reintegro de la demandante al mismo cargo con el pago de los salarios y aportes a la seguridad social generados desde la fecha de finalización del contrato de trabajo hasta la fecha efectiva del reintegro.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que es supuesto fáctico indiscutido dentro del presente asunto que entre la señora CLARA ELCY CHAPARRO SÁCHICA y COLPATRIA S.A. existió un vínculo laboral regido inicialmente por un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito el 20 de junio de 1996 (fs. 136-137), el cual fue modificado a término indefinido a través de un otrosí suscrito, el 16 de agosto de 1996 (f. 138), el cual se mantuvo vigente hasta el 16 de octubre de 2014, fecha en que fue terminado (f. 159).

La controversia suscitada en el actual litigio gravita sobre la forma en que terminó el contrato de trabajo que existía entre las partes, pues mientras la parte actora alega que se vio forzada a presentar la renuncia mientras se encontraba en estado de debilidad manifiesta debido a lo que considera un chantaje por la oferta económica que le hizo el empleador y la posibilidad de mantener las condiciones de un crédito hipotecario que tenía con la entidad financiera, la pasiva sostiene que la finalización del vínculo

se dio por renuncia voluntaria de la trabajadora tras llegarse a un acuerdo entre las partes para finiquitar el contrato con motivo de la reestructuración en la que se encontraba la entidad.

En relación con la estabilidad laboral que aduce la parte actora, hay que señalar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, delimita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario la terminación no produce ningún efecto.

Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, al manifestar que el ámbito laboral constituye un objetivo específico para el cumplimiento de los propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas; de ahí que el elemento prioritario de dicha protección lo constituya la ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso a bienes y servicios para su subsistencia y la de su familia, y en la parte resolutive de la sentencia dispuso que, *“...carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”*.

La aplicación de la protección, sin embargo, supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el principio de buena fe, una de las cuales es que el empleador conozca o deba conocer el estado de discapacidad del trabajador en el momento de terminar la relación de trabajo, pues si la ignora no puede alegarse que se violó el citado fuero o que se vulneró la protección laboral reforzada, por cuanto no puede perderse de vista que una de las exigencias normativas establecidas en el citado artículo 26 es que la terminación del contrato se produzca por razón de la limitación, lo que presupone el conocimiento previo por parte del empleador, así como el reconocimiento de la deficiencia física y/o mental alegada.

Al respecto, se observa que el artículo 1° del Convenio 159 de la OIT, citado en el fallo de la Corte Constitucional ya referido, estatuye: *“A los efectos del presente Convenio, se entiende por “persona inválida” toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y*

progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

Dentro del ordenamiento jurídico interno, el artículo 2° de la Ley 1618 de 2013 define a las personas con y/o en situación de discapacidad como, *“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Ahora, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, de antaño, han desarrollado los presupuestos tendientes a establecer si un trabajador se ubica dentro de la estabilidad laboral reforzada a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un principio señalaba que no es cualquier limitación o discapacidad la que es objeto de protección por parte de la Ley 361 de 1997, sino que solo son sujetos de estabilidad laboral reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15 %, es decir, limitaciones moderadas, severas y profundas de conformidad con el artículo 5° de la Ley antes señalada. Sin embargo, dicha tesis ha sido recientemente revaluada por la Corporación a través de la sentencia SL1152 del 10 de mayo de 2023, MP: Dra. Marjorie Zúñiga Romero, en el entendido que dicho porcentaje mínimo de limitación sólo es exigible en los casos anteriores al 10 de junio de 2011, fecha en la que entró a regir en Colombia la *«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»*, pues consideró la alta Corporación que: *“...la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.”* Por tanto, indicó la Corte que lo determinante para establecer si una persona es objeto de estabilidad laboral reforzada, son tres aspectos a saber:

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo - factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.”

También ha dicho esa Corporación que la autorización del Ministerio del Trabajo se impone cuando la discapacidad del trabajador sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio, caso en el cual el funcionario del ente Ministerial debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas (CSJ SL1360-2018).

Asimismo, ha adoctrinado la Sala Laboral que el estado de discapacidad o limitación del trabajador se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el empleado, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo (CSJ SL1735-2021).

Finalmente, la jurisprudencia reiterada recientemente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha adoctrinado que si en el juicio el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar una justa causa de despido o una razón objetiva para terminar el contrato de trabajo, pues el empleador para acudir al despido unilateral y sin justa causa tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, debe contar con la autorización del Ministerio del Trabajo de acuerdo con los presupuestos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL535-2023)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-519 de 2003, consideró que no es suficiente la presencia de una discapacidad en el

trabajador que el empleador decide desvincular, sino que para que prospere la protección de la estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que la desvinculación laboral se debió a la condición particular del trabajador, es decir, debe estar plenamente demostrado el nexo causal entre la discapacidad o condición de debilidad manifiesta del trabajador y la desvinculación laboral.

Posteriormente, a través de la sentencia SU-049 de 2017, señaló la Corte que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable frente a quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Señala textualmente la providencia en mención, *“Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho.”*

Conforme el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia han realizado la Corte Constitucional y la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, es dable colegir que no es cualquier afectación a la salud del trabajador la que lo ubica en un estado de debilidad manifiesta y, por tanto, beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, sino que dicha estabilidad es pregonable cuando la patología que padece es notoria, evidente y perceptible y, además, le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares. Y si bien la Sala de Casación Laboral prescribe que la limitación del trabajador debe ser superior al 15 %, es decir, al menos moderada, también ha reconocido que para acreditarse

tal aspecto no es necesario un dictamen de calificación, sino que el mismo puede probarse con otros elementos de juicio.

En esos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997: **I)** debe padecer una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo; **II)** dicha limitación de salud debe ser notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; **III)** el empleador debe conocer el estado de salud del trabajador y; **IV)** la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, sin perjuicio que, demostrada la situación de discapacidad del trabajador, se presume que la terminación del contrato tuvo génesis en esa circunstancia.

De acuerdo con lo explicado en precedencia, resulta ser un presupuesto indispensable para predicar la estabilidad laboral reforzada, que la extinción del vínculo laboral provenga de una decisión unilateral del empleador, por ello, tal protección, no opera para los casos de renuncia voluntaria o terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, a no ser que se alegue y demuestre algún vicio en el consentimiento del trabajador, pues como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral, una situación distinta se presenta cuando en el asunto se acredita que el acuerdo para la terminación del contrato de trabajo no fue válido, pues, en ese caso, *“la terminación se tornaría sin justa causa.”* (CSJ SL3144-2021).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, de acuerdo con la historia clínica aportada con la demanda, la señora CLARA ELCY CHAPARRO SÁCHICA fue diagnosticada con artritis reumatoide desde el año 2004 y síndrome de Sjögren desde el año 2006, según se desprende del historial clínico aportado al expediente (fs. 6-15). Se observa que septiembre de 2012, se realizó un estudio del puesto de trabajo de la demandante dentro del cual se realizaron recomendaciones generales de higiene postural (fs. 16-24) y, el 24 de abril de 2014, se le practicó un examen periódico en el que se emitió concepto de aptitud laboral relativo a que podía continuar laborando sin ninguna restricción (f. 25).

No obstante, debe señalar este Cuerpo Colegiado que no por ese sólo hecho debe considerarse que la promotora de la acción se encontraba en un estado de debilidad manifiesta para el 16 de octubre de 2014, fecha en que presentó su carta de renuncia y, mucho menos, que gozaba de estabilidad laboral reforzada, como quiera que sus diagnósticos datan de poco menos de diez años antes de esa calenda y para la misma no se encontraba incapacitada, como tampoco era objeto de recomendaciones o restricciones laborales por dichos padecimientos de salud.

Téngase en cuenta, que conforme los presupuestos normativos y jurisprudenciales referidos en líneas precedentes, la estabilidad laboral reforzada no opera automáticamente porque el trabajador tenga una patología y que el empleador conozca de ésta, sino que, además de ello, resulta un presupuesto sine qua non para gozar del denominado fuero de salud, que la enfermedad que padece el trabajador sea notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares, presupuesto que no se configura en el caso bajo estudio, aspecto que por sí sólo echa al traste lo pretendido por la recurrente.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que se demostró que las patologías de la demandante le impedían o dificultaban sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, lo cual no es así, ha de indicarse que no por ello procede el reintegro deprecado, ya que para que opere la estabilidad laboral reforzada, como ya se indicó en precedencia, es un presupuesto que la terminación del contrato de trabajo provenga de un decisión unilateral del empleador, lo cual no ocurrió en este caso, como quiera que tampoco se acreditó en juicio que en la renuncia presentada por la promotora de la acción hubiese mediado alguno de los vicios del consentimiento señalados en el artículo 1508 del Código Civil, como son: Error, fuerza o dolo.

Por su parte, el artículo 1513 del Código Civil reza:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.”

No cumplió la parte demandante con la carga probatoria de demostrar que en su consentimiento medió la fuerza alegada en la demanda y en el

recurso de alzada, como quiera que ninguno de los testigos que compareció al proceso fue testigo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que la señora CLARA ELCY CHAPARRO SÁCHICA suscribió la carta de renuncia, por lo que los dichos de la demanda quedaron huérfanos de medios de convicción en los cuales soportarse.

Lo acreditado en autos, tal como se reconoce en el mismo recurso de apelación, es que en virtud de la reestructuración de la entidad financiera que iba a centralizar el cargo de la demandante en la ciudad de Bogotá, se le realizó una oferta económica por parte del empleador, la cual incluía mantener unos beneficios y condiciones de un crédito hipotecario que tenía con la entidad financiera, lo cual fue aceptado por la actora y, por ello, presentó sus renuncia, como lo confesó al absolver interrogatorio de parte, sin que hubiese demostrado que al suscribir la carta de renuncia, no estuviera en pleno uso de sus facultades, pues téngase en cuenta que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019, la capacidad legal de las personas con discapacidad se presume, es decir, que el hecho de que la demandante tuviera unas patologías físicas diagnosticadas, no se traduce en que no tuviera la capacidad para celebrar esa clase de actos.

Tampoco acreditó la parte actora dentro del proceso que las patologías que le fueron diagnosticadas le generaron dificultades de raciocinio, le produjeron alteraciones de su estado mental, le afectaron sus procesos cognitivos o le ocasionaban impedimentos para comprender la realidad, ninguna de esas situaciones se encuentra registrada en el historial clínico referido en líneas que anteceden.

Menos aún podría considerarse que por haber propuesto la entidad empleadora una suma dineraria y mantenerle las condiciones del crédito hipotecario a la entonces trabajadora, se ve afectado el consentimiento de esta última en la presentación de su carta de renuncia, pues la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que los empleadores se encuentran legitimados para promover planes de retiro compensados, incluso en medio de procesos de reestructuración, y a los trabajadores para que de manera libre y voluntaria opten por aceptarlos o no o también para que propongan nuevas fórmulas de negociación. Así lo reiteró en la Sentencia SL2887-2020 en la que rememoró la SL2950-2015, en los siguientes términos:

“Al respecto, la sentencia CSJ SL2950-2015 consagró lo siguiente:

c) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo.”

La misma Corporación dentro de la Sentencia SL1152-2023, citada en líneas que anteceden, se pronunció de la siguiente manera:

“Pues bien, una vez verificado el contenido de tales instrumentos, la Corte no evidencia equivocación alguna del Tribunal respecto de su valoración, dado que no aportan elementos de juicio distintos a los ya concluidos, pues en esencia, lo que se extrae de aquellos es, precisamente, que la demandante decidió renunciar para dedicarse enteramente a su estado de salud y, producto de ello, las partes acordaron suscribir un «acta de finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo» en el que convinieron su formalización en una audiencia pública de conciliación sujeta a la respectiva aprobación de un juez laboral, última que según lo visto no se llevó a cabo.

Ciertamente, de la lectura atenta de lo que se denominó «acta de finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo», se infiere que las partes manifestaron expresamente su voluntad de terminar el contrato de trabajo de manera consensuada ante la renuncia voluntaria que la actora aportó que, incluso, se aceptó en el acta. Igualmente, la trabajadora declaró que actuó libre de cualquier apremio o presión y manifestó sujetarse a los términos del arreglo.”

Es decir, se destaca el hecho de que las personas con discapacidad, como ya se anotó, gozan como todas las demás personas de capacidad para conciliar sus derechos laborales inciertos y discutibles y que no se puede considerar irrenunciable su estabilidad laboral reforzada, pues como lo ha dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en la providencia ya referida:

*“De ese modo, se tiene que es precisamente, en garantía de tal escenario, el de la capacidad que tienen todas las personas para disfrutar de sus derechos, facultades o prerrogativas, **que no es posible considerar irrenunciable el derecho a la estabilidad laboral reforzada**, toda vez que ello se traduciría en un paternalismo del Estado que les impondría barreras que el resto de la sociedad no tiene, dado que mientras que cualquier trabajador puede pactar un acuerdo con su empleador para dar por terminada la relación laboral, aquellos con discapacidad tendrían vedado renunciar a su labor con alguna clase de beneficio adicional, como podría eventualmente hacerlo cualquier otro trabajador al terminar el contrato por mutuo acuerdo.” (Resalta la Sala)*

La Corte llega a tal conclusión al advertir que no existe justificación que impida a las personas con discapacidad acordar o ejercer la disposición de sus derechos, pues sin desconocer que estos están protegidos por la Constitución e incluso, por tratados y normas de carácter internacional, la voluntad que emerge es la misma de la que gozan todos los trabajadores para acordar, conciliar o transigir, esto es, la auto determinación, entendida como el derecho de toda persona para ejercer sus derechos y obligaciones.

A la luz de las anteriores probanzas y pautas jurisprudenciales, lo que emerge en el presente asunto es que la terminación del contrato de trabajo se dio como un acuerdo de voluntad entre las partes contratantes que se materializó con la renuncia voluntaria presentada por la trabajadora, con lo que queda desvirtuado que la terminación del contrato hubiere sido con motivo de la salud de la accionante, pues, por el contrario se acudió a una de las formas legales de terminación del contrato contenida en el artículo 61 del C.S.T., subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 5, numeral 1, literal b como es el mutuo acuerdo.

Así las cosas, indefectiblemente la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

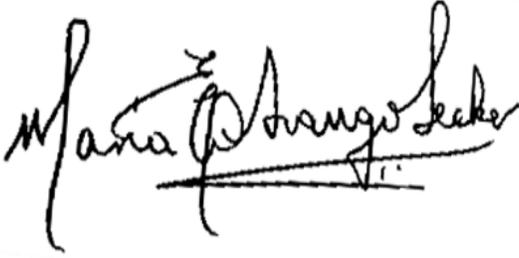
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 382 del 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fabian Marcelo Chavez Niño'. The signature is highly stylized and cursive.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carolina Montoya Londoño'. The signature is written in a cursive style.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *JHON JAIRO ROJAS ROJAS*
DEMANDADOS: *PROSERVIS Y GOODYEAR -*
RADICACIÓN: *76001-31-05-013-2017-00098-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia # 211 de julio 26 de 2019*
ORIGEN: *Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Contrato realidad, pago de cesantías e indemnizaciones*
DECISIÓN: *Confirma.*

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO Y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por los extremos de la litis frente a la sentencia # 211 de 26 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **JHON JAIRO ROJAS** contra **PROSERVIS TEMPORALES S.A.S** y **GOODYEAR DE COLOMBIA S.A** con radicado No. **76001-31-05-013-2017-00098-01**.

SENTENCIA No. 237

DEMANDA¹. Pretende el demandante se declare que entre él y PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. en calidad de intermediaria laboral y GOODYEAR DE COLOMBIA S.A. en condición de empleada beneficiaria de la prestación del servicio contratado, existió un contrato de trabajo a término indefinido y no de obra o labor contratada como lo denominó el empleador, desde el 25 de noviembre de 2009 hasta el 24 de julio de 2016, el cual fue terminado unilateralmente sin justa causa por parte del empleador y la demandada solidariamente; en consecuencia solicita se condene a las demandadas por los siguientes conceptos: cesantías por todo el tiempo laborado, sanción moratoria por no consignación de las cesantías,

¹ Fls. 1-24

y sanción moratoria por no pago de las mismas a la terminación del contrato, de conformidad con el artículo 65 del CST al pago de los intereses moratorios, indemnización por despido injusto, indemnización por perjuicios morales en su favor y su núcleo familiar causados con el despido injusto, indexación, se aplique el criterio extra y ultra petita, las costas y agencias del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que laboró al servicio de PROSERVIS TEMPORALES S.A.S, como trabajador en misión a la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S.A en los siguientes periodos: 24-04-2009 a 01-08-2008 y 25-11-2009 a 24-07-2016, a través de contratos escritos en la modalidad de duración de la obra o labor contratada, en el cargo de mecánico de mantenimiento. Expone que durante todo el tiempo laborado se encontraba subordinado a las órdenes que le impartía GOODYEAR DE COLOMBIA S.A, realizando sus funciones dentro de las instalaciones de dicha empresa, con sus activos y en los horarios que esta establecía. Menciona que las labores que cumplía PROSERVIS TEMPORALES S.A.S era las de una simple intermediadora, pues a ésta solo acudía anualmente a suscribir el nuevo contrato de trabajo y el otro sí que debía firmar para poder seguir laborando. Ilustra que recibía órdenes de Carlos Andrés Hernández Lozano quien desempeña el cargo de jefe de mantenimiento y del programador señor Henry Bocanegra Bocanegra quien le fijaba los turnos y los horarios. Informa que su salario promedio devengado durante los últimos doce meses a su despido asciende a \$2.011.000. Indica que tanto él como su núcleo familiar se vieron afectados anímica, moral y afectivamente por el despido injusto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROSERVIS TEMPORALES S.A.S ² Se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que lo que existió con el demandante fueron sendos contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada en vigencia de los cuales, esa empresa como verdadera y única del actor siempre le reconoció y pagó los salarios y prestaciones sociales debidos, cuyos contratos en algunas oportunidades fueron terminados por la causal legal de terminación de la obra o labor contratada y en esa medida le fue liquidado y cancelado de manera oportuna los valores correspondientes a las liquidaciones definitivas de las cesantías cada vez que fueron finalizando

² Fls. 65-81

los vínculos laborales y consignándose las cesantías que correspondía. Propone como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda, pago, compensación, buena fe, inexistencia de solidaridad entre la sociedad PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. y GOOD YEAR COLOMBIA S.A., incompatibilidad entre la indexación y la indemnización moratoria reclamada, inexistencia de perjuicios ocasionados (perjuicios morales y materiales) por PROSERVIS S.A.S., innominada o genérica.

GOODYEAR DE COLOMBIA S.A.S.³ Se opuso también a las pretensiones de la demanda, aduciendo que su objeto social difiere del de la empresa PROSERVIS TEMPORALES S.A.S., por lo que no se puede declarar la solidaridad que persigue el demandante. Agrega que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. como empresa de servicios temporales regulada por la ley 50 de 1990, está autorizada para enviar trabajadores en misión a la empresa usuaria y que los empleados de esta última pueden darles a aquellos trabajadores en misión, sin que se entienda que por ello el empleador es el usuario. Expone que los contratos de prestación de servicios que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. suscribió con el demandante siempre tuvieron vigencia dentro de los tiempos de duración permitidos en la ley y nunca se trató de contratos sin solución de continuidad, que por tanto el empleador del demandante fue siempre PROSERVIS TEMPORALES S.A.S., empresa que cumplió a cabalidad con el cumplimiento de las obligaciones laborales. Presenta como excepciones de fondo las de inexistencia de responsabilidad solidaria, carencia de la acción, y de derecho, inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en Sentencia #211 de 26 de julio de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por quienes integran la pasiva, respecto a la condena al auxilio de cesantías y a la indemnización que aquí se fulmina, conforme lo manifestado en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR, que entre el señor JHON JAIRO ROJAS ROJAS identificado con C.C #94.228.489 y GOODYEAR DE COLOMBIA S.A existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 25 de noviembre de 2009 al 15 de octubre de 2015 y entre el 12 de enero de 2016 al 24 de julio de 2016.

³ Fl 426-443

TERCERO: DECLARAR que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S., sirvió como simple intermediaria entre el señor JHON JAIRO ROJAS ROJAS, arriba identificado y GOODYEAR DE COLOMBIA S.A., respecto de los contratos de trabajo a término indefinido declarados en el numeral inmediatamente anterior en los dos extremos temporales señalados, por lo cual resulta solidario con GOODYEAR DE COLOMBIA S.A., frente a la presente condena.

CUARTO: CONDENAR a GOODYEAR DE COLOMBIA S.A a pagar al señor JHON JAIRO ROJAS ROJAS arriba identificado por concepto de auxilio de cesantías, los siguientes valores y entre los siguientes períodos.

<i>Entre el 2 al 25 de noviembre de 2010</i>	<i>\$104.287</i>
<i>Entre el 15 de noviembre 2011 al 05 de diciembre de 2011</i>	<i>\$102.978</i>
<i>Entre el 22 al 28 de junio de 2012</i>	<i>\$25.588</i>
<i>Entre el 24 de diciembre de 2012 al 01 de enero de 2013</i>	<i>\$46.251</i>
<i>Entre el 08 al 22 de noviembre de 2012</i>	<i>\$78.849</i>
<i>Entre el 10 al 25 de noviembre de 2014</i>	<i>\$89.269</i>

Suma que deberá pagar indexada, a partir del día siguiente a la causación de los períodos liquidados y hasta la fecha de su efectivo pago.

QUINTO: CONDENAR a GOODYEAR DE COLOMBIA S.A. a pagar al señor JHON JAIRO ROJAS ROJAS ya identificado por concepto de indemnización por despido sin justa causa sobre el contrato declarado entre el 25 de noviembre de 2009 al 15 de octubre de 2015, la suma de \$8.626.659 y la entre el 12 de enero al 24 de julio de 2016, la suma de \$845.730, todo esto debidamente indexado mes a mes, a partir de la exigibilidad de cada una, por la terminación de los respectivos contratos hasta el momento que se verifique su pago.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la acción, en especial la única unidad contractual pretendida el pago de auxilio de cesantías solicitado, en la forma como se explicó en la parte considerativa de la sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas parciales a las demandadas a favor del demandante, las cuales se tasarán oportunamente por la secretaria el juzgado y se tendrán como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.”

El a quo, luego de rememorar la reglamentación y características propias de las empresas de servicios temporales, declaró el contrato realidad entre la empresa GOODYEAR y el actor, al concluir que del acervo probatorio no logran demostrar las encartadas que la labor realizada por el demandante haya sido conforme los presupuestos regulados en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, ante la ausencia de elemento de juicio tendiente a que el cargo de mecánico de mantenimiento fuera una actividad ocasional o transitoria, que el actor fuera contratado para reemplazar a un empleador en particular, o en períodos de incrementos de producción o contratación adicional, pues no se aportaron solicitudes en este sentido por GOODYEAR DE COLOMBIA S.A. a PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. Agrega que, por el contrario, el demandante aportó los contratos de trabajo y las

certificaciones donde se puede establecer que su labor fue siempre la misma, ejercida en las instalaciones de GOODYEAR COLOMBIA S.A.S, que en ninguno de estos contratos se identifica cual era la obra o labor contratada y pese a ello la terminación de los mismos fue invocando la terminación de esa obra o labor, y que entre uno y otro contrato de trabajo no trascurrió un término prudencial, pues la interrupción que se daba era mínimo 7 días y máximo 24, con excepción del último contrato donde esta es de 87 días.

Al emitir las respectivas condenas solicitadas por auxilio de cesantías las liquidó y ordenó su pago solo por las interrupciones de los contratos de trabajo, bajo el argumento de ser una consecuencia lógica de la unidad contractual en tanto el contrato de trabajo se mantuvo sin solución de continuidad.

Negó la indemnización por no consignación de las cesantías aduciendo que dentro de los períodos que hubo pago de tales emolumentos y que no fueron objeto de condena, al no proceder la pretensión principal del auxilio de cesantías tampoco emana la sanción a título de consignación. Del mismo modo, reflexionó que no resulta viable respecto de los lapsos en que se ordena condena por las cesantías, bajo el entendido que siempre ocurrieron antes del mes de diciembre de cada anualidad, por lo que no se configura el presupuesto que establece la ley 50 de 1990 en cuanto a que la consignación se causa a 31 de diciembre de cada año, además de que el empleador no tenía el deber de consignar dado que suponía que el tipo de contrato era totalmente distinto, por lo que lo encontraba solucionado con la terminación de la obra o labor contratada.

Igualmente, no accedió a la indemnización del artículo 65 del CST al no observar de las pruebas arrimadas al proceso, del comportamiento de la parte pasiva un acto abusivo que permita colegir que existió mala fe, como quiera que las codemandadas actuaron bajo la creencia que se encontraban conforme a derecho, al punto que cancelaron todas las obligaciones que se derivaban de un contrato de duración por obra o labor contratada.

Encontró mérito para la condena de indemnización por despido injusto, conforme las cartas de terminación aportadas a folios 87, 97,

106, 115, 125, 134, 146 y 150, de donde se desprende que la terminación del vínculo contractual fue la terminación de la obra o labor contratada situación que no encaja dentro del artículo 64 del CST, dado que en realidad el contrato fue a término indefinido modalidad que no se puede terminar sino por una de las reguladas en el artículo 61 y 62 del CST.

De las anteriores condenas estableció a PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. como responsable solidario en virtud del artículo 35 del CST.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación en cuanto a lo dicho en la sentencia que no es procedente el reconocimiento de las cesantías, por considerar que estas fueron pagadas al trabajador, así mismo por no concluir que no era viable el pago de la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del CST. Argumenta que se encuentra probado dentro del plenario que el trabajador despedido recibió efectivamente unos pagos parciales pero como se ha declarado la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA, entonces esta debía consignar las cesantías a más tardar al año siguiente a su causación en los términos de la ley 50 de 1990 y como no fue así por tanto opera la indemnización moratoria del artículo 50 de 1990. En cuanto a la mala fe expone que es evidente que se está ante una relación desigual donde el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual y el primero efectivamente desconocía sus derechos, mientras que la segunda, la empleadora, la parte fuerte, sí conocía bien que derechos estaba burlando, por lo que sí existe mala fe de la parte demandada y por ello debe ser condenada a ambas indemnizaciones. Agrega que se debe tener en cuenta que una consecuencia palmaria del pago parcial de esas cesantías sin la debida autorización de la oficina del Ministerio del Trabajo es que el empleador pierda esas cesantías y que no pueda repetir contra el trabajador, cosa contraria que se resolvió en la sentencia donde se ha considerado que el solidario PROSERVIS TEMPORALES S.A.S ha cancelado las cesantías al trabajador a destiempo que entonces eso extingue la obligación de carácter laboral y en consecuencia se exime ahora a la condenada GODYEAR DE COLOMBIA S.A al pago de unas cesantías que se debían cancelar a la terminación del contrato y no en la hora anterior como lo dispone el artículo

254 del CST. Por último, alega que el salario que se debió tener en cuenta no es el que pagó PROSERVIS TEMPORALES S.A.S sino el que para tal efecto tiene establecido la convención colectiva de trabajo para cargos de naturaleza similar.

PROSERVIS TEMPORALES S.A.S apeló también la sentencia en los numerales 1, 2, 3 y 7, precisando que por parte del juzgado se declara dos bloques contractuales, los cuales le permitieron establecer de acuerdo a su juicio y valoración, uno entre el 25 de noviembre de 2009 y al 15 de octubre de 2015 y otro del 12 de enero de 2016 al 24 de julio de 2016, en el cual se indicó no hubo una interrupción considerable entre los dos contratos pero si indicarse en la sentencia cuál es ese término de una interrupción considerable, generándose así un vacío legal. Ilustra que, entre el primero y segundo contrato, este es, del 01-11-2010 a 26-11-2010 existió una interrupción de 25 días, del contrato de 14-11-2011 al 06 de diciembre de 2011, 22 días y entre los contratos cuando se da la terminación el 07-11-2013 y da inicio el 23-11-2013 se dio una interrupción de 16 días y del 09-11-2014 al 26-11-2014 una de 17 días, por lo que considera que por esos interregnos al no haber existido prestación del servicio por parte del demandante cuando se estaba mandado en misión a GOODYEAR, estas interrupciones si son considerables y se deben tener en cuenta al menos para el disfrute de unas vacaciones. Expone que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S cumplió a cabalidad con la cancelación de las cesantías que se causaron en los periodos en que hubo contrato de trabajo. Frente a la indemnización por despido injusto considera que debe ser revocada teniendo en cuenta que la modalidad que contrató con el demandante, estaba autorizada por la ley para terminar el contrato en la medida que la empresa usuaria no requiriera la prestación de sus servicios. Solicita se revoque también la condena en costas.

GOODYEAR DE COLOMBIA S.A Argumenta en su recurso de alzada que el hecho de que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S haya cancelado oportunamente las cesantías, es una prueba de la buena fe con la que se actuó en el momento de la terminación de cada uno de los contratos, máxime cuando el mismo demandante nunca hizo reclamo alguno, por lo que estuvo de acuerdo con esas acreencias laborales, las cuales fueron bien pagadas. Manifiesta su desacuerdo en la condena de pago por cesantías, aduciendo que no le asiste derecho al demandante en tanto para dichos periodos no existió prestación personal del servicio, presupuesto esencial

para que pueda nacer a la vida jurídica la obligación de cancelar auxilio de cesantías.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión; presentándolos ambos extremos de la litis, la parte demandante reiterando los hechos y pretensiones de su demanda y las pasivas los argumentos expuestos en la contestación a la misma.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala delimitará en primer lugar lo esbozado por la demandada PROSERVIS TEMPORALES S.A.S teniendo en cuenta que de prosperar su recurso lo solicitado por la parte demandante quedaría sin sustento, así como lo esbozado por GOODYEAR COLOMBIA S.A; ello es estudiaremos: **(i)** si es procedente revocar los numerales 1, 2, 3, y 7 de la sentencia y la indemnización por despido injusto contenida en el numeral 5 de la sentencia, resultado de la declaratoria de contrato realidad del demandante con la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S.A.; **(ii)** de mantenerse incólume la declaratoria de contrato de trabajo, establecer si la condena por el pago de cesantías por el término de las interrupciones de los contratos debe conservarse o revocarse; **(iii)** verificar la procedencia por esta segunda instancia del pago de las cesantías por parte de GOODYEAR DE COLOMBIA S.A independientemente de que estas hayan sido pagadas por PROSERVIS TEMPORALES S.A.S en virtud del artículo 254 del CST; **(iv)** la viabilidad de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y pago de las mismas a la terminación del contrato de trabajo del artículo 65 del CST; **(v)** sí para el cálculo de las condenas se debió tener en cuenta, no el salario pagado por PROSERVIS TEMPORALES S.A.S sino el establecido en la convención colectiva de trabajo para cargos similares.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

No es materia de debate dentro del presente asunto que el señor JHON JAIRO ROJAS ROJAS y la empresa PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. suscribieron varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, así:

25-11-2009 a 01-11-2010

26-11-2010 a 14-10-2011

06-12-2011 a 21-06-2012

29-06-2012 a 23-12-2012

02-01-2013 a 07-11-2013

23-11-2013 a 09-11-2014

26-11-2014 a 15-12-2015

23-01-2016 a 24-07-2016

Del mismo modo, no hay discusión que el cargo ejercido por el demandante era de mecánico de mantenimiento en las instalaciones de la empresa GOOD YEAR DE COLOMBIA S.A. como trabajador en misión de la empresa PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. y que la modalidad pactada fue la de obra o labor contratada.

De la declaratoria del contrato realidad del demandante respecto de GOODYEAR DE COLOMBIA S.A. y PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. como una simple intermediaria. Lo cierto es que, la parte demandada PROSERVIS TEMPORALES S.A.S solicita la revocatoria de esta decisión expresando como único fundamento que el a quo omitió mencionar cuál es el término prudencial que se debe tener en cuenta para que exista una interrupción del contrato de trabajo, pues en su criterio fue dicha situación lo que lo llevó a concluir la unidad contractual en los interregnos del 25 de noviembre de 2009 al 15 de octubre de 2015 y entre el 12 de enero de 2016 al 24 de julio de 2016.

A fin de resolver este primer cuestionamiento se debe decir que para que exista solución de continuidad que impida la declaración de la unidad contractual se debe acreditar que las interrupciones son amplias y significativas, de modo que, si las interrupciones que se dieron entre la celebración de cada contrato son inferiores a un mes, estas deben ser consideradas aparentes o meramente formales.

Así las cosas, las interrupciones breves no conllevan a interrumpir la continuidad del contrato de trabajo y, por ende, no desvirtúan la unidad contractual, en tal sentido la CSJ SL 5595 de 2019 que reiteró CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019 señaló:

“En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

En la alzada viene acreditado que el accionante tuvo distintas vinculaciones con la entidad demandada en virtud de contratos determinado por obra o labor contratada; sin embargo, las interrupciones que se dieron entre uno y otro contrato no fueron superiores a un mes, por lo que deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, de ahí que no tengan la entidad suficiente para inferir una solución de continuidad, por lo que no se equivocó el juez de primera instancia cuando razonó que no existía un término prudencial entre uno y otro contrato, al encontrar que las interrupciones que se dieron fue de mínimo 7 días y máximo 24, con excepción del último contrato donde expuso que era de 87 días.

PROSERVIS TEMPORALES S.A.S no desvirtúa en su recurso de apelación que las interrupciones fueron superiores a un mes, cuando trata de ilustrar que las interrupciones si fueron considerables pues todas las que detalla son inferiores a los 30 días, así:

01-11-2010 a 26-11-2010 (25 días)
14-11-2011 a 06-12-2011 (22 días)
07-11- 2013 a 23-11-2013 (16 días)

09-11-2014 al 26-11-2014 (17 días)

Como se dijo al comienzo del análisis la parte demandada PROSERVIS TEMPORALES S.A.S no expone ningún otro fundamento para que se derruya la declaración de contrato de trabajo que encontró probada el a quo la cual debe decirse no fue solo con fundamento en las interrupciones aparentes entre los contratos sino ante la ausencia de elemento de juicio que corroborara los presupuestos del artículo 77 de la ley 50 de 1990 para que el actor pudiera ser enviado en misión por PROSERVIS TEMPORALES S.A.S a GOODYEAR DE COLOMBIA S.A, esto es que el cargo de mecánico de mantenimiento fuera una actividad ocasional o transitoria, que el actor fuera contratado para reemplazar a un empleador en particular, o en períodos de incrementos de producción o contratación adicional, al no haberse aportado solicitudes en este sentido por GOODYEAR DE COLOMBIA S.A a PROSERVIS TEMPORALES S.A.S.

Los anteriores fundamentos no fueron controvertidos por la recurrente, ni siquiera por la misma empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S,A y que por tanto al no existir reparo alguno frente a ellos y no verificarse por este juzgador plural prueba en contrario, pues de los contratos de trabajo aportados a folios 37 a 43 se confirma lo dicho por el a quo en cuanto a que la labor ejercida por el actor fue siempre la misma de mecánico, conexas a las actividades ordinarias de la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S.A según explicaron los testigos LUIS ENRIQUE LENIS y JAIRO HERNAN GALLEGO, al coincidir que el actor realizaba actividades de mantenimiento preventivo y correctivo sobre las máquinas de propiedad de GOODYEAR como cualquier otro de los mecánicos contratados por la planta directa de GOODYEAR, de manera permanente y constante, pues las máquinas requerían mantenimiento a diario.

Adicionalmente, de los diferentes contratos no se puede establecer cuál era específicamente esa obra o labor contratada, pues al ser el cargo de mecánico de mantenimiento una actividad permanente de GOODYEAR DE COLOMBIA S.A, debía dicha empresa aportar los medios de prueba que llevaran a justificar la prestación personal del servicio del actor a través de la empresa temporal PROSERVIS y no lo hizo, luego la consecuencia es que se tuviera realmente a GOODYEAR DE COLOMBIA S.A como el verdadero empleador del trabajador en misión y por tanto, son motivos suficientes que conlleva inevitablemente a la confirmación del numeral segundo de la

sentencia, incluso del tercero pues declarada que GOODYEAR DE COLOMBIA S.A es el real empleador del demandante, consecuencia de ello es que PROSERVIS TEMPORALES S.A.S resulte como una simple intermediaria conforme lo determina el artículo 35 del CST y así mismo lo tiene asentado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (SL467-2019, SL 4320 de 2020, SL1819-2023), por lo que en virtud del numeral tercero del mismo artículo 35 PROSERVIS TEMPORALES S.A.S se hace solidario responsable a las condenas impuestas a GOODYEAR tal como lo anotó el juez de instancia

Del pago de auxilio de cesantías por los periodos de las interrupciones de los contratos de trabajo. En concordancia con lo anterior, declarada la unidad contractual es claro la procedencia de la condena por los auxilios de cesantías por los periodos de las interrupciones de los contratos establecida en el numeral cuarto de la sentencia, las que se tienen no existieron pues como se anotó fueron aparentes o formales, luego en virtud de que no existió solución de continuidad, se tiene como una sola relación laboral en los dos bloques que determinó el a quo de 25 de noviembre de 2009 al 15 de octubre de 2015 y entre el 12 de enero de 2016 al 24 de julio de 2016, ergo se despacha desfavorablemente los argumentos de la alzada de PROSERVIS TEMPORALES S.A.S y GOODYEAR DE COLOMBIA S.A respecto de que al no existir prestación personal del servicio no es posible que nazca a la vida jurídica el pago de cesantías, pues se reitera declarada la continuidad contractual la prestación personal del servicio es inherente a ella, por lo que se confirmará también el numeral cuarto de la sentencia.

De la indemnización por despido injusto. Solicita PROSERVIS TEMPORALES S.A.S se revoque dicha condena en razón de la modalidad contractual que se pactó entre las partes esto es la determinada por la duración de la obra o labor contratada.

Siendo concomitante con todo lo esbozado declarado que el contrato que unió a las partes fue el de la modalidad de término indefinido, por haberse dejado sin efectos los contratos de duración por la obra o labor contratada el vencimiento de la misma expuesta en cada una de las cartas de terminación allegadas por PROSERVIS no es oponible como una de las justas causas para terminar el contrato de manera unilateral por parte del empleador establecida en el artículo 62 del CST o de las legales de

terminación del artículo 61 de la misma obra, por lo que el numeral quinto también debe ser confirmado y concomitante con ello el numeral primero contentivo de la declaratoria de la no prosperidad de las excepciones propuestas por las demandadas en los términos que lo determinó el a quo.

De las costas a PROSERVIS TEMPORALES S.A.S en primera y segunda instancia. Consecuencia de todo lo anterior al resultar vencida PROSERVIS TEMPORALES S.A.S conforme al artículo 365 del CST numeral uno, la condena en costas a ella establecida en primera instancia está acorde a la ley y por tanto se mantendrá incólume el numeral séptimo.

Del pago de las cesantías por parte de GOODYEAR DE COLOMBIA S.A frente al pago efectuado por PROSERVIS TEMPORALES S.A.S. El artículo 254 del CST invocado por el demandante y que reza:

PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES. Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

En criterio de esta Sala, dicha norma no puede ser aplicada de manera exegética sin tener en cuenta las situaciones concretas de cada caso, pues si bien es cierto se ha declarado la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S.A por no cumplirse los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, dicha situación no conlleva por sí sola a dejar de tener en cuenta unos pagos que recibió el actor, en este caso por auxilio de cesantías independiente de que estos hayan sido pagados por PROSERVIS TEMPORALES S.A.S, porque lo cierto es que dichos pagos le fueron realizados por las funciones realizadas en Goodyear, luego ordenar de nuevo el pago sería ordenar en favor del demandante de un doble pago, máxime cuando PROSERVIS realizó el pago de las cesantías bajo el entendido que era ella la empleadora del demandante y conforme los extremos de los contratos pactados, lo que ineludiblemente incidió para que no fuera GOODYEAR DE COLOMBIA S.A quien efectuara los pagos correspondientes.

De las indemnizaciones de sanción e indemnización moratoria consignadas en los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del CST. La Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia tiene asentado que frente a la sanción y la indemnización moratoria previstas en los artículos

99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, no opera una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, pues hay lugar a esta sanción e indemnización moratorias cuando en el marco del proceso el trabajador demuestra el incumplimiento y el actuar omisivo de su empleador, al igual que cuando este último no brinda o suministra razones serias y atendibles que justifiquen su proceder, que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba al demandante por salarios o derechos sociales reclamados judicialmente, así haya lugar a los mismos.

En esa dirección, se ha precisado por la Corte que el juez del trabajo debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso, así como un análisis conjunto de las pruebas y circunstancias que rodearon el marco de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables (Sentencia CSJ SL3936-2018, reiterada en la CSJ SL4311-2022 y SL 441 de 2023).

Deprecia la procedencia de estas indemnizaciones, argumentando que se encuentra probado dentro del plenario que el trabajador despedido recibió efectivamente unos pagos parciales pero como se ha declarado la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA, entonces esta debía consignar las cesantías a más tardar al año siguiente a su causación en los términos de la ley 50 de 1990 y como no fue así por tanto opera la indemnización moratoria del artículo 50 de 1990.

Al respecto el artículo 99 inciso tercero de la ley 50 de 1990 contempla lo siguiente sobre la consignación de las cesantías:

“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Del texto literal de la norma en cita es claro concluir que la obligación de consignación de las cesantías surge para el empleador todos los 14 de febrero de cada año, por lo que antes de esa fecha no hay deber de consignarlas.

En el caso bajo estudio, se tiene que los períodos en que no hubo pago de auxilio de cesantías corresponde a los siguientes:

Entre el 2 al 25 de noviembre de 2010	\$104.287
Entre el 15 de noviembre 2011 al 05 de diciembre de 2011	\$102.978
Entre el 22 al 28 de junio de 2012	\$25.588
Entre el 24 de diciembre de 2012 al 01 de enero de 2013	\$46.251
Entre el 08 al 22 de noviembre de 2012	\$78.849
Entre el 10 al 25 de noviembre de 2014	\$89.269

No obstante, se tiene también que la empresa PROSERVIS TEMPORALES S.A.S efectuó por esas anualidades la consignación que correspondía y aunque lo hizo sin tener en cuenta los lapsos antes mencionado, lo cierto es que cumplió con la obligación tal como se dijo anteriormente de consignar bajo la creencia de que era el empleador del demandante y conforme los extremos de los contratos pactados, lo que ineludiblemente incidió para que no fuera GOODYEAR DE COLOMBIA S.A quien realizara la consignación al no considerarse ella la empleadora, por lo que no se evidencia mala fe en una y otra pasiva para que opere ninguna de las indemnizaciones aquí solicitadas.

Del salario base para liquidar las condenas con fundamento en el establecido en la convención colectiva de trabajo. De entrada, se descarta la prosperidad de este pedimento atendiendo primeramente que el actor ni siquiera informa a que convención colectiva se refiere y por ser una pretensión y hecho nuevo que sorprende a las partes, por cuanto en la demanda no se hizo alusión alguna a beneficio derivado de alguna convención colectiva de trabajo, pus la única a la que se hace referencia es la contenida en el hecho 18 “el salario promedio devengado por el trabajador durante los 12 meses anteriores a su despido ascendió a la suma de \$2.011.000”.

Los anteriores argumentos son suficientes para confirmar la sentencia en su integridad. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

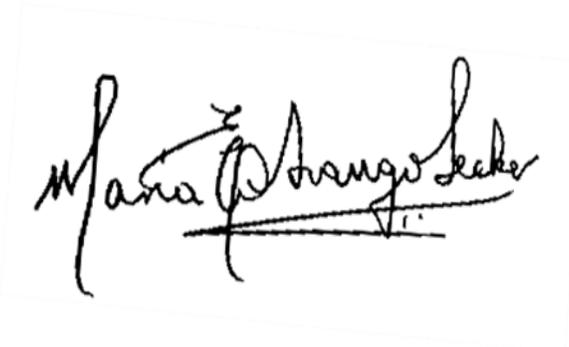
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia # 211 de 26 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', written over a horizontal line.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop and a long tail.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carolina Montoya Londoño'.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS*
DEMANDADO: *EDIFICADORA CONTINENTAL S.A.*
RADICACIÓN: *76001-31-05-003-2017-00150-01*
ASUNTO: *Consulta sentencia de diciembre 11 de 2017*
ORIGEN: *Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Despido*
DECISIÓN: *CONFIRMA*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la Sentencia No. 245 del 11 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS** contra **EDIFICADORA CONTINENTAL S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-003-2017-00150-01**.

SENTENCIA No. 238

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido celebrado el 1º de agosto de 1998, el cual fue terminado por causa imputable al empleador; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto del que fue objeto, el 15 de octubre de 2016 y, a las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que laboró en el HOTEL DANN CALI y DANN CARLTON CALI de propiedad de la sociedad

¹ Fs. 36-40

demandada, entre 1° de agosto de 1998 y 15 de octubre de 2016, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de operario amo de llaves; que durante su permanencia al servicio de la demandada fue una persona honrada, cumplidor de sus deberes, de buena conducta y cumplió las ordenes de sus superiores; que conocía todos los mecanismos de seguridad del establecimiento, incluyendo las cámaras interiores y exteriores; que el 11 de octubre de 2016 mientras se encontraba realizando sus labores en el piso cuarto de la torre B, se encontró en el baño de mujeres un iPad, el cual tomó para llevarlo al departamento de ama de llaves, intentó comunicarse por radio con la Sra. Yised Álzate, pero no obtuvo respuesta, entonces llevó el elemento al cuarto donde se guardan las toallas para los bañistas y se le olvidó reportarlo, después subió al piso catorce al cuarto de máquinas para cristalizar y se le quedó ahí, ya que estaba preocupado porque ese día su señora madre iba a ser intervenida en el Instituto para niños ciegos y sordos del Valle del Cauca; que el 12 de octubre de 2016 fue llamado para que subiera a la gerencia en donde le preguntaron si tenía el iPad, a lo cual manifestó que si, que lo tenía en el piso catorce, subió por él y lo entregó; el 14 de octubre de 2016 fue llamado a descargos y al día siguiente se le entregó la carta de despido, la cual se negó a recibir, por lo que fue firmada por dos testigos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDIFICADORA CONTINENTAL S.A.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que durante la vigencia de la relación laboral el demandante fue objeto de descargos en varias ocasiones, en diciembre de 2015 fue sancionado por cometer una falta grave, al ser hallado en las instalaciones del hotel con otros dos compañeros retirando elementos de clientes de hotel que estaban realizando ahí un evento, caso en el que el actor reconoció en los descargos que no siguió los procedimientos del hotel; que se debe tener contexto de la falta cometida por el demandante, ya que el HOTEL DANN es de amplio reconocimiento en la ciudad y en el país, en donde se hospedan personalidades nacionales y extranjeras que esperan encontrar unas instalaciones seguras en cuanto a las personas y las cosas, por lo que la conducta del actor dejó en riesgo y vulnerabilidad la seguridad del hotel, pues la propietaria del iPad dejó un comentario negativo en el Booking Dann Cali; que cuando el actor encontró el iPad, en ningún momento lo tomó para

² Fs. 60-69

llevarlo al departamento de ama de llaves, dado que, como se observa en el video de seguridad que se le puso de presente en la diligencia de descargos, sale del baño de mujeres a las 7:23 horas y reingresa a las 7:25 horas con una bolsa negra y se ve como la propietaria del iPad ingresa nuevamente al baño a las 7:27 horas, y en ese momento el demandante se retira con destino a la sala donde se encuentra el baño turco, de la que sale a las 7:38 horas y sólo llega a la zona de toallas a las 10:59 horas, es decir, más de tres horas después. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 245 del 11 de diciembre de 2017, absolvió a la EDIFICADORA CONTINENTAL S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS y; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, previo a señalar que no era objeto de controversia el contrato de trabajo que existió entre las partes y que a la finalización del mismo por parte del empleador se le cancelaron al actor todas sus acreencias laborales, que con las pruebas practicadas se había demostrado la ocurrencia de la justa causa de despido por parte de la demandada, ya que el actor ejecutó conductas que no estaban acorde con el manual de procedimientos del hotel en los casos de encontrarse objetos perdidos, debido a que ello debía reportarlo de inmediato, sin que sea necesario hacer algún desplazamiento, pues todos los empleados cuentan con un radio para reportar el hallazgo, situación que no hizo el demandante, y sólo con los videos de las cámaras de seguridad se pudo constatar que éste había retirado el iPad del baño de las damas donde lo había dejado la huésped y lo guardó en el cuarto de insumos del piso catorce, por lo que si existió la falta grave al reglamento y configuró la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin que fuera de recibo el argumento del demandante de que se le olvidó hacer el reporte, en razón a que no era la primera vez que incurría en esa omisión e incluso ya había sido suspendido por ello, aunado que la no asistencia del actor a la audiencia de conciliación se consideró un indicio grave en su contra.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reprodujo de forma textual los hechos y los fundamentos y razones de derecho de la demanda. La parte demandada insistió en la tesis de defensa expuesta al contestar la demanda. Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO. Se centra en resolver si el despido del que fue objeto el demandante se originó o no en una justa causa.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente, es necesario resaltar que no es materia de controversia en esta instancia judicial: **i)** Que el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS suscribió contrato de trabajo a término indefinido con EDIFICADORA CONTINENTAL S.A., el 1° de agosto de 1998 (fs. 70) y; **ii)** Que el contrato fue terminado por el empleador de forma unilateral, el 15 de octubre de 2016, aduciendo una justa causa para ello (fs. 8-12).

Para resolver el problema jurídico planteado, debe recordarse que de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, cuando en juicio se estudia la viabilidad de la indemnización por despido injusto, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa (CSJ SL3278-2022).

En el caso bajo estudio, los hechos que se endilgan al trabajador y que a juicio del empleador constituían justa causa para terminar el contrato de trabajo de forma unilateral, se extraen de la carta de despido en el siguiente

tenor (f. 8):

El día 11 de octubre de la presente anualidad, la huésped del Hotel la Sra. Carolina Ospina, quien se encontraba alojada en la habitación N° 803 y su acompañante en la habitación N° 804, suben a desayunar a la piscina. En las cámaras de seguridad del hotel se evidencia que hacia las 7:21 AM, las dos (2) huéspedes se dirigen hacia los baños de damas de la zona húmeda del cuarto piso y la huésped la Sra. Carolina Ospina de la habitación N° 803 lleva en la mano su IPAD.

Posteriormente se evidencia en la cámara de seguridad, que se retira del baño la huésped de la habitación N° 804 y luego se retira la huésped la Sra. Carolina Ospina de la habitación N° 803, a quien no se le ve consigo el IPAD y acto seguido toman el ascensor.

Al tiempo en la otra cámara de seguridad se observa al Sr. Franco Sánchez, quien se encontraba en el baño de los hombres de la zona húmeda del cuarto piso, sale sin nada en las manos y se dirige a los baños de damas de la zona húmeda, nuevamente regresa a los baños de damas, pero esta vez lleva una bolsa negra; en ese momento vuelve la Sra. Carolina Ospina, se dirige a la mesa donde habían estado desayunando, luego al baño para ver si había dejado el IPAD, en ese momento el Sr. Franco está dentro de los baños, la Sra. Carolina Ospina sale y luego sale el Sr. Franco Sánchez con la bolsa negra en la mano, no se le ve el IPAD, se dirige hacia el baño del TURCO, mientras él está ahí, la Sra. Carolina Ospina está informándole a la cajera, a la señora de los mini bares y al mesero, quienes entran al baño y no encuentran nada, la Sra. Carolina Ospina, baja al Lobby contacta a la Relacionista de Huéspedes la Sra. Isabel Enríquez y le comenta lo sucedido, el Sr. Franco guarda el IPAD donde se guardan las toallas, se ve en las cámaras como a las 11:00 AM saca el IPAD en un balde, toma el ascensor de servicio, sube al piso N° 14 y en el cuarto donde se guarda la máquina de cristalizar deja el IPAD.

En esa misma carta sostuvo la entidad demandada que la decisión de terminar el contrato de trabajo de forma unilateral se sustentaba legalmente en los numerales 5 y 6 del artículo 62 del C.S.T. y en las faltas graves consagradas en los artículos 45, 50 y 55 del Reglamento Interno de Trabajo (RIT) (f. 88).

Las disposiciones del C.S.T. invocadas por el empleador establecen en su tenor literal, lo siguiente:

“ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

*A). Por parte del empleador:
(...)*

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

Sobre la correcta interpretación del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., la jurisprudencia de antaño de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que el referido precepto contiene dos situaciones diferentes; la primera, la gravedad de la falta debe ser calificada por el Juez cuando se trate de “*cualquier violación grave de las obligaciones*

y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo” y; la segunda, la falta para ser calificada como grave debe aparecer como tal en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los cuales ellas se consagran, caso en el cual ya no le es posible al Juzgador poner en entredicho esa connotación otorgada por el empleador (CSJ SL4254-2022).

En tal sentido, como se dejó sentado en líneas que anteceden, en este caso la demandada invocó unas faltas que estaban calificadas como graves en el RIT, de ahí que no le corresponde al operador judicial entrar a calificar la falta, como quiera que la connotación de grave ya fue asignada por el empleador y, en tal sentido, el análisis que debe realizar el juez laboral es si las conductas endilgadas al trabajador se encuentran en las faltas graves establecidas en el reglamento.

Los preceptos del RIT invocados en la carta de despido, el cual fue aportado de forma íntegra al expediente, prescriben lo siguiente (f. 89-114):

*ARTICULO 45º. - Los trabajadores tienen como deberes los siguientes:
(...)*

d) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa;

e) ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible; (...)

g) Ser verídico en todo caso; (...)

OTRAS PRESCRIPCIONES DE ORDEN:

1. (...)

2. *Sustentar todo acto o determinación relacionada con su trabajo, en base a los elementos del sano criterio, la experiencia, el conocimiento y la buena fe, de tal manera que no por falta de norma expresa que reglamente una materia o asunto particular, pueda aducirse como fundamento para adoptar decisiones o posiciones erradas o contrarias a los intereses de la empresa.*

ART. 50º.- Son obligaciones especiales del trabajador:

1.- Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

ARTICULO 55º.- Constituyen faltas graves:

f) Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la empresa o de los compañeros de la empresa.

l) Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias, de las prohibiciones como de las prescripciones de orden.

PARAGRAFO: *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de las justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, señaladas en la ley.*

Claro lo anterior, en criterio de la Sala la decisión absoluta de la a

quo no merece reparo alguno, en tanto los elementos de juicio que reposan en el plenario, incluido el indicio grave aplicado a la parte demandante por la incomparecencia del actor a la audiencia de conciliación (Min. 02:45), acreditan con suficiencia que, en efecto, el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS sí cometió las faltas graves endilgadas y que configuraban la justa causa para terminar el contrato de trabajo de forma unilateral por el empleador y, en todo caso, se considera que los hechos que le son si tienen la connotación para ser calificados como una falta grave que ameritaba su despido, como se pasa a explicar:

Sobre los hechos que motivaron el despido del promotor de la acción, los testigos ADRIANA ELIYER PARRA SEGURA, Jefe del Departamento de Ama de Llaves (Min. 19:46–27:03) y DIEGO JULIÁN MORALES HERNÁNDEZ, Jefe de Seguridad (Min. 27:40–36:00), coincidieron en manifestar que en el hotel existe un protocolo en los casos en que los empleados se encuentran objetos perdidos, que consiste en que se debe realizar el reporte de inmediato al superior jerárquico o en su defecto al jefe de seguridad.

La primera de las testigos mencionada fue más explicativa al referirse al protocolo, al señalar: *“...Cuando se trata de artículo de cierto valor, no debemos, ninguna persona del hotel, debemos quedarnos custodiándola, sino hacer inmediatamente el reporte a nuestro jefe inmediato, en este caso, el jefe de departamento, si no se encuentra la persona encargada tenemos nuestro jefe de seguridad, los ejecutivos que somos varios y tenemos la gerencia, adicionalmente para hacer el reporte no necesitamos ni siquiera desplazarnos a un teléfono porque tenemos, portamos un radio de comunicaciones donde hacemos las llamadas de inmediato.”*. también explicó la declarante que en las áreas públicas y comunes del hotel existe una bitácora donde se debe hacer el registro del elemento encontrado con la fecha y, en caso de que alguna persona lo reclame, también se debe hacer el registro y para la entrega del elemento se solicita el apoyo del personal de seguridad para dejar registro fotográfico. Además, que el demandante conocía de ante mano dicho protocolo, pues incluso ya había tenido un inconveniente cuando fue sorprendido junto con otros dos compañeros tomando sin autorización unos elementos de unos clientes que estaban realizando un evento en el hotel, por lo cual fue suspendido.

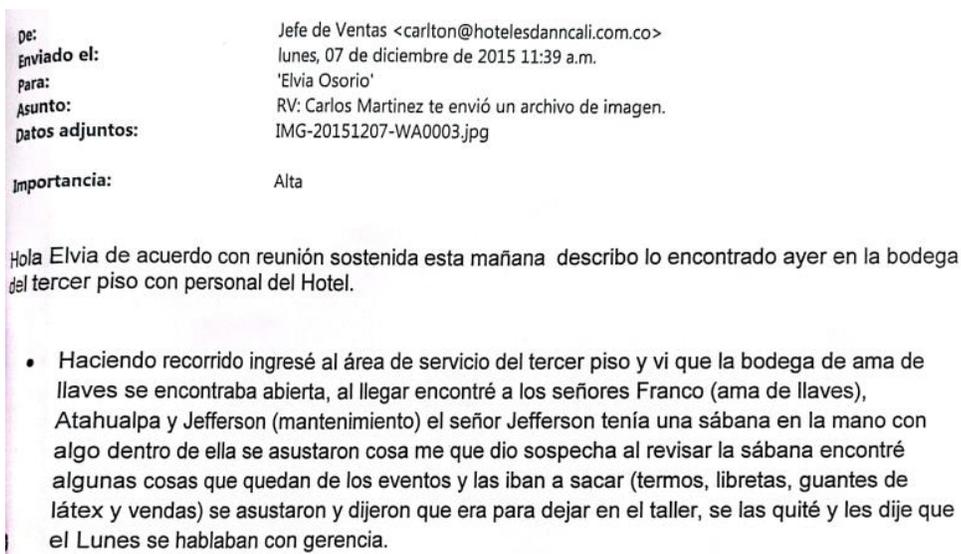
El segundo de los testigos, quien en su calidad de jefe de seguridad

revisó los videos de las cámaras de vigilancia, indicó que el actor se encontró el iPad, pero se saltó el protocolo porque no hizo el reporte, que incluso la señora Yised, quien estaba a cargo para ese momento del departamento de ama de llaves, le preguntó al actor sobre el elemento extraviado a la huésped, pero éste no dio razón alguna, y tampoco se lo mencionó cuándo se terminó su turno y le hizo la entrega a la misma persona encargada, pues sólo devolvió el iPad al día siguiente cuando fue requerido por la gerencia.

En el expediente también milita el video de las cámaras de seguridad (Cd f. 85) y el informe del jefe de seguridad que consta con imágenes extraídas de los videos de las cámaras donde se hace el seguimiento de los movimientos del actor antes y después de encontrarse el iPad (fs. 76-87). De dichos medios de prueba, se observa como la huésped del hotel ingresa al baño con el iPad en la mano, poco después ingresa el demandante, posteriormente la huésped sale del baño sin el iPad, seguidamente sale el actor y al cabo de un momento reingresa con una bolsa negra vacía y sale con la bolsa negra con algo dentro de ella, en ese momento la huésped regresa a buscar el iPad, pero no lo encuentra y se dirige hacia el personal que se está en piso y se ve que les pregunta por el objeto porque describe su tamaño y su forma con las manos. Por su parte, el demandante se dirige a un cuarto del que sale con el iPad en un balde y se dirige al área de los ascensores en donde se le ve dialogando con alguien del personal, se monta al ascensor y se dirige al piso 14, poco después regresa al ascensor con el balde, pero sin el iPad.

Hay que resaltar que desde los hechos de la demanda se confiesa que el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS en efecto si tomó el iPad y lo sacó del baño, lo llevó inicialmente al cuarto de toallas que estaba en el cuarto piso y posteriormente lo llevó al cuarto de máquinas para cristalizar ubicado en el piso catorce donde lo dejó, lapso en el que, de acuerdo con los videos de seguridad, transcurren alrededor de 45 minutos aproximadamente en los que lleva consigo el elemento e incluso tiene contacto con otros empleados del hotel, aspecto que, en criterio de la Sala, deja sin piso el argumento relativo a que se olvidó realizar el reporte., menos aún, cuando de conformidad con la prueba documental, el demandante había sido sancionado con dos días de suspensión el 15 de diciembre de 2015 (f. 71), es decir, poco menos de un año antes de los hechos objeto de controversia, por una situación en la que fue sorprendido tomando unos elementos que habían quedado de un evento que realizaron unos clientes

en el hotel, de acuerdo con el reporte que se le hizo a gerencia (f. 72):



Para la Sala no resultan claras los argumentos dados por el demandante para justificar su omisión, esto es, que olvidó hacer el reporte debido a que estaba preocupado por una intervención que ese día le iban a practicar a su señora madre, pues, por un lado, como ya se anotó, tuvo en su poder el iPad por varios minutos en los que tuvo contacto con personal del hotel y, por otro lado, de acuerdo con lo indicado por el testigo DIEGO JULIÁN MORALES HERNÁNDEZ, el actor fue indagado por la señora Yised, encargada en ese momento del departamento de ama de llaves, sobre el elemento, pero no dio razón, resaltado que dicha señora es la misma que se indica en el hecho 4° de la demanda intentó contactar el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS por radio teléfono (f. 27 y 36), además que, fue a ella a quien le entregó el turno al final de su jornada de ese día, sin haber mencionado el hallazgo, pues, como también lo mencionó el referido testigo y se pudo constatar con los videos de seguridad, el promotor de la acción sólo devuelve el iPad al día siguiente cuando fue citado a la gerencia y según confiesa en la demanda, le fue requerido el elemento, el cual, según las imágenes, baja en el mismo balde en que lo había subido al piso catorce, pero no puede pasar por alto la Sala que el actor había salido del cuarto ubicado en el piso catorce y se montó al ascensor con el balde, pero en él ya no se encontraba el iPad.

En criterio de este cuerpo colegiado se encuentra plenamente acreditado que el demandante, en su condición de operario del departamento de ama de llaves, debía ceñirse al protocolo y reportar de inmediato el elemento encontrado, pero no lo hizo, a pesar de haber tenido varias oportunidades antes de terminar su turno para realizar dicho reporte, lo cual, de acuerdo

con el RIT, constituía una falta grave, más aún, se itera, cuando el actor era reincidente en la conducta de no reportar elementos dejados por clientes del hotel.

Resulta importante aclarar que la falta grave no se configura por la comisión de un hecho delictivo que nunca se consumó como pretende hacerlo ver el apoderado de la parte demandante en sus alegatos, pues no le corresponde al juez laboral establecer si la conducta del demandante es típica, antijurídica y culpable, como quiera que ello es competencia exclusiva de la justicia penal. La falta se configura por la omisión reincidente del trabajador en cumplir el protocolo en los eventos en que los empleados del hotel se encuentran elementos dejados por los clientes, ya que, como está demostrado en este caso, ello conlleva a una afectación de la imagen del establecimiento de comercio, lo que indudablemente afecta su reputación y buen nombre, lo que ocurrió en este caso con la huésped que dejó el iPad en el Baño, quien dejó un comentario negativo en el Booking del hotel (f. 116):

Cuiden sus objetos personales!! El hotel "no se hace responsable por nada";

📱 "La cama es cómoda y la habitación doble en la torre antigua era amplia"

📱 Mi iPad fue robada dentro del hotel y fue verdaderamente tortuoso y agotador hablar con el personal de seguridad. Las cámaras mostraron claramente que había sido un empleado, y no hacían más que decirme que se apegaban a sus protocolos y no la encontraban. Finalmente, luego de que me fui, la encontraron, solo que ya estaba en curso en borrado de toda mi información. Lamentable como dilatan los procesos, como sospechan de sus propios clientes, en lugar de seguir la pista a los objetos perdidos. Solo dos personas fueron amables: La conserje y la responsable de ventas; de resto, ni la gerente quiso darnos la cara, e íbamos en representación de una importante universidad nacional.

Nótese que, de acuerdo con la versión de la huésped, el iPad incluso fue manipulado y si bien no existen elemento de juicio para que la Sala pueda colegir que la manipulación del elemento fue realizada por el señor FRANCO DAINER SÁNCHEZ PALACIOS, lo cierto es que todo ello se hubiese evitado de haber realizado el reporte y entregado el elemento de inmediato conforme al protocolo del hotel.

En ese sentido, la violación a las obligaciones por parte del demandante no sólo se considera grave, sino que estaba calificada como tal previamente por el empleador, motivo por el que se configuró la justa causa que ameritaba la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral por

parte de EDIFICADORA CONTINENTAL S.A.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

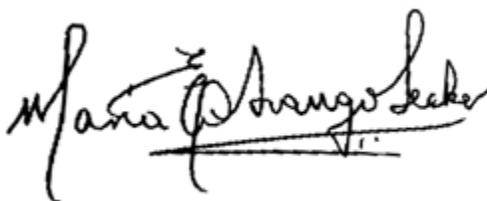
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 245 del 11 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *CARLOS FERNANDO LLANOS ORTEGA*
DEMANDADOS: *COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. Y OTRA -*
RADICACIÓN: *76001-31-05-015-2017-00603-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia # 79 de marzo 21 de 2019*
ORIGEN: *Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Contrato realidad y extensión de beneficios convencionales*
DECISIÓN: *Confirma.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO Y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por ambos extremos de la litis frente a la sentencia # 79 de 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS FERNANDO LLANOS ORTEGA** contra **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A** y la integrada como litis necesario **EMPOSER LTDA** con radicado No. **76001-31-05-015-2017-00603-01**.

SENTENCIA No. 235

DEMANDA¹. Pretende el demandante se declare que entre él y COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, existió una relación laboral desde el 02 de diciembre de 2004 hasta el 02 de noviembre de 2015, siéndole aplicable en todas sus partes la convención colectiva de trabajo suscrita entre COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. –

¹ Fls. 3-25

SINTRAVALORES-, deprecando por tanto, el reconocimiento y pago de todos los beneficios reconocidos en ella desde el inicio de la relación laboral hasta el día de su renuncia, que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido y la ineficacia de la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato para ser reemplazada por la del término indefinido; en consecuencia solicita se condene a la demandada a las siguientes sumas y conceptos: \$31.302.654 primas semestrales de los meses de junio (Art. 26); \$30.823.950 primas semestrales de los meses de diciembre (Art. 26 CC); \$1.929.214 primas de vacaciones (Art. 27 CC); \$144.350 bonificación de antigüedad, todos estos emolumentos desde el 02 de diciembre del 2004 hasta el 12 de noviembre de 2015, a la reliquidación de las cesantías teniendo en cuenta los conceptos salariales establecidos en la convención que no le fueron pagados; la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por no pago cumplido de salarios, las costas del proceso y se aplique el criterio extra y ultra petita.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que prestó sus servicios como trabajador a la sociedad THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A., sociedad que cambió su nombre por el de COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.; que desde el 02 de enero de 2004 la compañía demandada le comunica que los dineros correspondientes a sus salario los va a recibir de una temporal llamada EMPOSER LTDA, que las empresas COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y EMPOSER LTDA son empresas de un mismo grupo empresarial llamado THOMAS GREG & SONS y entre ellas se ha suscrito un contrato para el suministro del personal de EMPOSER LTDA a la empresa demandada, que estas dos unidades de negocio comparten similitud en el objeto social, por dedicarse ambas al servicio de vigilancia fija y móvil, escolta de valores de la asesoría y consultoría en el área de seguridad, además de compartir similitud de propietarios. Informa que trabajó en la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA desde el 02 de diciembre de 2004 al 12 de diciembre de 2015, en el cargo de escolta especializado ATM de los valores de propiedad de las diferentes entidades a las que la demandada prestaba sus servicios de recolección y provisión de dinero en efectivo, que la demandada fue siempre la que lo dotó de uniformes con las insignias de ella, carnet, armamento, la labor era desempeñada en sus instalaciones y esta era quien pagaba su seguridad social, al igual que lo capacitó, supervisó y le impuso horarios para el

cumplimiento de sus labores, no obstante manifiesta que existen algunos periodos donde la seguridad social era pagada por EMPOSER LTDA, pero siempre prestando los servicios COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA. Indica que en la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA existe el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A – SINTRAVALORES y que este suscribió con dicha empresa una convención colectiva de trabajo que se aplica sin distinción a todos los trabajadores de la compañía conforme artículo 3 y 5, que para el momento de su renuncia se encontraba vinculado a la demandada mediante contrato a término indefinido y por tanto es beneficiario de todos los beneficios convencionales, por lo que la demandando le adeuda las primas semestrales de junio y diciembre, prima de vacaciones, bonificación de antigüedad, intereses de cesantías contempladas en la convención, así como la reliquidación de sus prestaciones sociales

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA² Se opuso a las pretensiones de la demanda, negando todo vínculo laboral con el demandante, aduciendo que lo que se observa de la documental que éste allega quien fungió como su empleador fue EMPOSER LTD. Dice no ser cierto que entre esa compañía y EMPOSER LTDA exista un contrato de suministro de personal, que lo que existe es un contrato de prestación de servicios independientes de escoltas y vigilancia fija y móvil con arma de fuego a suscribir entre THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A. y EMPOSER LTDA y que el objeto social de esta última difiere del de esa compañía. Expone que el sindicato SINTRAVALORES de esa compañía es minoritario. Propone como excepciones de fondo cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y buena fe.

EMPOSER LTDA³ Se opuso también a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el actor suscribió con esa empresa contrato de trabajo desde el 02 de diciembre de 2004 hasta el 12 de noviembre de 2015, fecha en la cual el trabajador presentó renuncia de su cargo. Agrega que al demandante le fueron canceladas todas sus obligaciones laborales, tales como salarios y

² Fls. 203-229

³

prestaciones sociales y que la empresa PROSEGUR S.A. no tuvo ninguna injerencia en la relación laboral expuesta pues lo que existe entre las entidades es un contrato de prestación de servicios independientes de escoltas y vigilancia fija y móvil con arma de fuego a suscribir entre THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A. y EMPOSER LTDA. Presenta como excepciones de fondo cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de título y causa prescripción, compensación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en Sentencia #179 de 21 de marzo de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no demostradas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, propuesta por COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de una relación laboral regida mediante contrato a término indefinido entre la empresa COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y el señor CARLOS FERNANDO LLANOS ORTEGA, con C.C No. 94.501.384

TERCERO: ABSOLVER al demandado PROSEGUR S.A de todas las pretensiones contenidas en los numerales 2,4 a 8 de la demanda, incoada por el demandante.

CUARTO: ABSOLVER a la empresa EMPOSER LTDA, quien fuera llamada a integrar el litis consorte necesario toda vez que todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor CARLOS FERNANDO LLANOS fueron absueltas.

QUINTO Sin condena en costas para las partes.”

El quo, luego de recordar los artículos 23 y 24 del CST referentes a los elementos del contrato de trabajo, así como la jurisprudencia atinente a ese aspecto y la primacía de la realidad consignada en el artículo 53 de la CN, concluyó que, de las pruebas aportadas, principalmente de la prueba testimonial, se colige la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el demandante y la empresa PROSEGUR S.A., pues a su juicio ésta lo que hizo fue tercerizar su objeto social a la empresa EMPOSER. Consecuente con esa decisión estableció que la modalidad que había existido entre las partes era de término indefinido. Al abordar el estudio de la pretensión de extensión de los beneficios laborales contemplados en la convención colectiva de trabajo firmada entre el sindicato

SINTRAVALORES y la empresa PROSEGUR avaló la tesis de la demandada de que no era procedente tal reconocimiento por ser dicho sindicato minoritario y además existir al interior de la empresa un pacto colectivo.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el numeral tercero de la sentencia y se condene a la demandada al pago de la extensión de los beneficios convencionales y demás acreencias laborales, así como al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Argumenta frente a la procedencia de la extensión de los beneficios convencionales, que el hecho de que SINTRAVALORES sea un sindicato minoritario es irrelevante en virtud del artículo tercero de la convención colectiva de trabajo, norma que señala que esta se hará extensible a todo el personal que preste sus servicios a Prosegur, para sustento cita la sentencia SL 7805 de 08 de junio de 2016 de la CSJ Sala Laboral, por lo que considera que el Despacho cometió un yerro pues desconoció la norma en cita como el artículo 471 del CST. Del mismo modo, señala que la existencia del pacto colectivo es intrascendente, toda vez que conforme a la sentencia SL 9347 de 15 de julio de 2016 cuando haya colisión entre una convención colectiva de trabajo y un pacto colectivo, se aplica el principio de favorabilidad y en este caso la convención colectiva de trabajo es más favorable. En lo que Atañe a la indemnización del artículo 65 del CST, alude que es importante dejar claro que PROSEGUR utilizó de manera irregular un proceso de tercerización e internalización con el fin de evitar una contratación directa, lo que constituye un acto de mala fe, finaliza haciendo referencia a la sentencia SL 467 de 06 de febrero de 2019.

COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA apeló también, precisando que no se valoraron las pruebas aportadas en la contestación de la demanda y los reconocimientos de contenidos que hizo el demandante en el interrogatorio de parte donde reconoció que firmó contrato de trabajo con EMPOSER LTDA, que todos los pagos, permisos, pagos de cesantías, renuncia y liquidación de contrato, se hizo por EMPOSER, desacreditándose así uno de los elementos del contrato de trabajo que es el salario. Enfatiza que lo que existió entre esa entidad y EMPOSER fue un contrato de prestación de servicios, donde EMPOSER aporta la vigilancia y PROSEGUR el encargado de efectuar el transporte de valores, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal

de ambas empresas, por lo que se solicita se decrete la revocatoria de la declaración del contrato realidad.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión; guardando ambos extremos de la Litis silencio.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala delimitará en primer lugar lo esbozado por la demandada teniendo en cuenta que de prosperar su recurso lo solicitado por la parte demandante quedaría sin sustento así: **(i)** si se omitió por el quo una correcta valoración de las pruebas aportadas por la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A que lo llevara a declarar el contrato realidad entre dicha compañía y el demandante **ii)** de mantenerse incólume la declaratoria de contrato de trabajo, establecer la procedencia de la extensión de los beneficios de la convención colectiva de trabajo celebrada entre COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A – SINTRAVALORES al demandante **iii)** determinar si es procedente emitir condena a la demandada por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La controversia suscitada en el actual litigio gravita sobre la presunta existencia de un vínculo de carácter laboral que unió a las partes, pues mientras el demandante arguye que su verdadero empleador fue la empresa

le prestó servicios a la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A bajo la modalidad de un contrato de trabajo que tuvo vigencia del 02 de diciembre de 2004 al 12 de noviembre de 2015, este último niega toda relación de carácter laboral, alegando que su empleador fue la empresa EMPOSER LTDA.

En ese sentido, conviene recordar que al tenor de lo establecido en el artículo 23 CST, para predicar la existencia de un contrato de trabajo, deben confluir los tres elementos que le son esenciales: I) La prestación efectiva del servicio. II) La continuada subordinación y dependencia, y III) un salario como contraprestación. Sin embargo, en relación con el segundo de los elementos referidos, esto es la subordinación, que es el elemento que distingue el contrato de trabajo de otros de tipo civil o comercial, el artículo 24 del mismo estatuto sustantivo laboral, consagra que una vez el trabajador demuestre que prestó personalmente el servicio en favor de quien señala como empleador, pasa a presumirse que dicha prestación está gobernada por un contrato laboral, es decir, una primera carga probatoria de quien persigue la declaratoria de un contrato de trabajo es demostrar que prestó un servicio personal en favor de otro.

Por ello, es necesario tener en cuenta que es principio procesal, el deber de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen. Este principio conocido como carga de la prueba, se encuentra consagrado en el artículo 167 del CGP, y no es ajeno al derecho laboral por aplicación directa del artículo 145 del CPT y de la SS, pues en quien alega una condición jurídica de tipo laboral, que para el caso es la existencia de contrato de trabajo, recae el peso de aportar al proceso los medios de convicción que le permitan al Juez Laboral decidir la declaratoria del mismo, lo que equivale a demostrar la presencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, sin perjuicio de la presunción favorable de la relación laboral consagrada en el artículo 24 del CST, es decir, la carga probatoria inicial recae sobre el primero de los elementos, la prestación personal del servicio.

En el presente asunto no es materia de discusión que entre el señor CARLOS FERNANDO LLANOS laboró como escolta especializado para la empresa EMPOSER LTDA desde el 02 de diciembre de 2004 hasta el 12 de noviembre de 2015 según esta lo expone y lo prueba documentalmente con el contrato de trabajo que descansa a folio 358 a 361 y la carta de renuncia de fecha 12 de noviembre de 2015 (fl 373), no obstante, el juez consideró en

aplicación del principio de la realidad sobre la forma que el verdadero empleador del demandante es la empresa PROSEGUR S.A.

En este aspecto puntual, la empresa PROSEGUR en su recurso de alzada se queja de que la sentencia de primera instancia no valoró las pruebas aportadas en la contestación de la demanda y los reconocimientos de contenidos que hizo el demandante en el interrogatorio de parte donde reconoció que firmó contrato de trabajo con EMPOSER LTDA y que todos los pagos, permisos, pagos de cesantías, renuncia y liquidación de contrato, se hizo por EMPOSER.

Al respecto se tiene que la única prueba aportada por PROSEGUR S.A. tendiente a desvirtuar la existencia de una relación laboral con el demandante, es el contrato de prestación de servicio visible a folio 230 a 232 denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS INDEPENDIENTES DE ESCOLTA Y VIGILANCIA FIJA Y MÓVIL CON ARMA DE FUEGO A SUSCRIBIR ENTRE THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A Y EMPOSER S.A.”, en el cual se determina como OBJETO el siguiente:

PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato consiste en el suministro por parte del CONTRATISTA y en favor del CONTRATANTE, del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en los lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que EL CONTRATANTE requiera a nivel nacional, y los cuales acordarán previamente las partes de acuerdo con la necesidad del CONTRATANTE y disponibilidad del CONTRATISTA para el efecto. Para tal efecto, el servicio de vigilancia aquí contratado se prestará con el número de hombres armados que sean requeridos previamente por EL CONTRATANTE, los cuales estarán altamente calificados y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario para llevar a cabo y en buen término el objeto del presente contrato. Los elementos y armas que deberán portar los hombres suministrados por EL CONTRATISTA, serán dispuestos en cada requerimiento de servicio que realice EL CONTRATANTE. **PARAGRAFO PRIMERO.** Para tal efecto, EL CONTRATANTE indicará previamente al CONTRATISTA, los lugares, bienes, personas o áreas a los cuales deberá prestar el servicio. **PARAGRAFO SEGUNDO.** No obstante lo anterior, EL CONTRATANTE podrá exigir que el personal designado por EL CONTRATISTA para la prestación del objeto del presente contrato, utilice los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del CONTRATANTE, lo cual no implica en ningún sentido la existencia de subordinación alguna entre EL CONTRATANTE y el personal del CONTRATISTA.

SEGUNDA. HORARIO Y TURNOS. EL CONTRATISTA prestará los servicios de vigilancia las veinticuatro (24) horas del día, en los turnos que tenga establecidos

El anterior contrato de prestación de servicios no es que el juez de primera instancia no lo haya tenido en cuenta, sino que precisamente valorado el mismo, pese a que en la cláusula novena se haya pactado la exclusión de relación laboral entre el contratante y el personal que el contratista utilice en la ejecución del contrato, y que previamente en la cláusula octava del mismo convenio se hable de independencia del

contratista, en el sentido que este actuará por su propia cuenta con absoluta autonomía y no estará sometido a subordinación laboral alguna con el contratante, lo cierto es que el contenido de una y otra cláusula quedó desnaturalizado o desvirtuado con la prueba testimonial arrojada por la parte activa de este litigio por los siguientes argumentos:

Los señores GUILLERMO BETANCOURT PRADA y RAÚL POLANIA SALCEDO, quienes informaron haber sido compañeros de trabajo del actor para la época en que este prestó sus servicios a la empresa de PROSEGUR S.A, fueron coincidentes en señalar que todos los elementos utilizados para desplegar el señor CARLOS FERNANDO la labor de escolta a los clientes de PROSEGUR eran de propiedad de dicha empresa, tales como el armamento y los carros blindados, habiendo dicho el señor GUILLERMO BETANCOURT PRADA que la moto en la que el cumplía su labor de escolta motorizado aunque era de él, PROSEGUR le pagaba un impuesto de rodamiento.

Del mismo modo expusieron los declarantes que las prendas de vestir, esto es uniforme con logo de PROSEGUR le eran entregados por personal de la referida compañía, precisando también el primero de los testigos que la entrega la realizaba la secretaria de Recursos Humanos de Prosegur “Yamilet” y que todo lo relacionado con permisos y manejo de nómina debían ser tramitados también con el área de recursos humanos de PROSEGUR. En análogo sentido que las instalaciones a las que debían asistir para recoger los valores o dineros que debían entregar a cada uno de los clientes, era de PROSEGUR, con lo que se tiene que el contratista, en este caso EMPOSER LTDA no tenía autonomía por no ser el dueño de los elementos de trabajo ni de las instalaciones.

Frente al elemento de subordinación, que distingue a un contrato de trabajo de cualquier otro, refirieron los testigos que las órdenes, establecimiento de horarios, llamados de atención, vigilancia y supervisión le eran dadas a ellos y al demandante por trabajadores de PROSEGUR.

Describieron que tenía un jefe de ruta que laboraba para Prosegur S.A., que era quien le daba toda la documentación para ellos poder realizar todos servicios que se les encargaba, manifestando el señor RAÚL POLANIA SALCEDO que el nombre de ese jefe de ruta era Jairo Naranjo de PROSEGUR.

Igualmente, expusieron los testigos que el actor era auditado por personal de PROSEGUROS proveniente de Bogotá y que era así mismo calificado a través de informes.

Refirieron también los testigos que eran capacitados por PROSEGUR S.A., hecho que se refuerza con las certificaciones aportadas a folios 49 a 51 donde aparecen certificaciones de escolta actualización de los años 2008, 2009 y 2010 del demandante expedidas por Gerente de Departamento de Capacitación de PROSEGUR.

Las anteriores afirmaciones de los testigos, frente al contrato de prestación de servicios aludido por la recurrente desnaturaliza la no subordinación entre los trabajadores de EMPOSER y la empresa de PROSEGUR pactada en la cláusula octava del “contrato de prestación de servicios independientes de escolta y vigilancia fija y móvil con arma de fuego”, luego la no relación laboral convenida en la cláusula novena fue desvirtuada, pues lo que se denota tal como lo reflexionó el a quo es que la empresa PROSEGUR S.A. estaba tercerizando su objeto social a través de la empresa EMPOSER, pues del certificado de existencia de representación de legal contentivo en los folios 3 a 8 se detalla claramente en el numeral ocho “*la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores*”.

Además de todo lo dicho, se desprende que en efecto el actor laboró siempre para la empresa PROSEGUR, de la certificación aportada por el demandante en el folio 52, expedida por PROSEGUR de fecha 05 de noviembre de 2014, donde se hace constar que el señor CARLOS FERNANDO LLANOS ORTEGA labora en esa compañía en el cargo de escolta especializado, documento que no fue desconocido ni tachado de falso por la empresa PROSEGUR.

Colofón de lo anterior, la Sala descarta la existencia de una indebida valoración de los elementos de prueba denunciados por el recurrente en su alzada; comoquiera que lo que resulta palmario de tales probanzas es que no desvirtúan la presunción del artículo 24 del CST, en tanto de ellos, valorados de manera conjunta emerge la prestación no subordinada de los servicios contratados, ergo acertó la instancia al declarar la existencia del contrato realidad en el numeral segundo de la sentencia imponiendo su confirmación.

De la aplicación al demandante de los beneficios consagrados en la convención colectiva de trabajo suscrita el 20 de octubre de 2015 entre COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA DE TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. Solicita el demandante esta pretensión conforme el artículo 3 de la citada convención colectiva con nota de depósito ante el Ministerio del Trabajo (folio 302-320), disposiciones que rezan:

Artículo 3° Campo de aplicación: *la presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.*

Ahora debe decirse que si bien, el actor ostenta la calidad de trabajador de la empresa PROSEGUR por la declaración judicial obtenida en virtud de la primacía de la realidad, dicha condición no se traduce per sé en que al mismo le sean aplicables los beneficios de la convención en cita, ya que para demostrar que en efecto el actor fue beneficiario del acuerdo colectivo, debió dirigir su actividad probatoria en acreditar que SINTRAVALORES era la organización sindical mayoritaria dentro de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., aspecto que quedó huérfano de elementos de juicio dentro del proceso, ya que lo demostrado, es que dentro de la empresa demandada existían, por lo menos, dos sindicatos SINTRAPROSEGUR (fls. 254 a 263) y SINTRAVALORES y un pacto colectivo (fls. 264-282).

La anterior precisión es de su importancia al tenor de lo establecido en los artículos 470 y 471 del C.S.T., los cuales a la letra disponen lo siguiente:

“ARTICULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN. Las convenciones colectivas entre {empleadores} y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato.

ARTICULO 471. EXTENSION A TERCEROS.

1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.”

En ese sentido, si bien el artículo 3° de la CCT dispone que la misma se aplicará a todo el personal de la COMPAÑÍA TRASPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., ese precepto convencional debe interpretarse y entenderse atendiendo los preceptos legales citados con antelación, es decir, que su campo de aplicación es para el personal de la empresa afiliado al sindicato, a quienes se adhirieran al acuerdo colectivo o se afiliaran a la organización sindical con posterioridad a la suscripción de la convención, ya que incluso la misma constancia de depósito de la CCT expedida por el Ministerio del Trabajo, establece que esta solo era aplicable a 148 trabajadores de PROSEGUR y a los que posteriormente se afilien o adhieran (fl. 301), aspecto que de contera ratifica que dicho acuerdo convencional no se aplicaba a todo el personal de la compañía, en razón a que no se trata de una organización sindical que agrupara más de la tercera parte de los trabajadores y, por tanto, no le era aplicable al señor CARLOS FERNANDO LLANOS.

No echa de menos la Sala el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 7805 de 2016, que cita el apelante demandante a fin de lograr el reconocimiento de los beneficios convencionales, sin embargo estudiada dicha providencia no se encuentra el raciocinio que pretende obtener el demandante como quiera que no se cumplen los presupuestos del caso concreto analizado por la Corte y que igualmente no es distinto del aplicado por esta segunda instancia en tanto el alto Tribunal para resolver el problema jurídico revisado se atuvo al alcance de lo preceptuado por el artículo 471 del CST en relación a las normas convencionales convocadas de su asunto, mismo que se realizó por esta segunda instancia, por lo que se mantiene incólume la decisión del juez de instancia en lo resuelto sobre este aspecto.

Establecido que no existen valores adeudados por acreencias laborales en cabeza de la demandada COMPAÑÍA TRASPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A, por sustracción de materia no hay lugar a emitir condena por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, deviniendo en consecuencia confirmar en todos sus aspectos la sentencia de primer grado su integridad. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

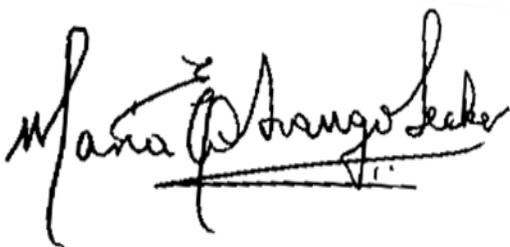
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia # 79 de 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO
DEMANDADO: SERGEM S.A.S.
RADICACIÓN: 76001-31-05-012-2012-01000-01
ASUNTO: Apelación sentencia de noviembre 12 de 2014
ORIGEN: Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Prescripción cesantías y vacaciones
DECISIÓN: Revoca parcialmente

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE contra la Sentencia No. 214 del 12 de noviembre de 2014, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO** contra **SERVICIO Y GESTIÓN EMPRESARIAL S.A.S. - SERGEM S.A.S**, con radicado No. **76001-31-05-012-2012-01000-01**.

SENTENCIA No. 234

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de cesantías, primas de servicio, intereses a las cesantías y vacaciones, todos causados desde el 1° de abril de 2008 hasta el 26 de octubre de 2009; se condene a los intereses moratorios del auxilio de cesantías como lo establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y; las costas del proceso.

¹ Fs. 2-7

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que laboró para SERGEM S.A.S. del 1º de abril de 2008 al 26 de octubre de 2009, sin interrupción, desempeñando el cargo de mensajero; que durante la vigencia de la relación laboral nunca le fueron canceladas las prestaciones sociales, ni las vacaciones; que el 25 de septiembre de 2012, envió derecho de petición a la empresa demandada, el cual fue recibido por Juliet Hernández, donde hacía la reclamación de las prestaciones laborales, pero la entidad no dio respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SERVICIO Y GESTIÓN EMPRESARIAL S.A.S.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que, si bien existió una relación laboral entre las partes, la misma inició el 16 de julio de 2009 y terminó el 30 de septiembre de 2009, periodo sobre el cual se le cancelaron todos los conceptos laborales. Propone como excepción de fondo la que denominó: Pago y compensación, buena fe, inexistencia de obligación de indemnizar, inexistencia del derecho, carencia de acción, prescripción de la acción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 214 del 12 de noviembre de 2014, condenó a SERGEM S.A.S a pagar al señor JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO la suma de \$53.015 por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en el periodo comprendido entre 1º y 14 de octubre de 2009; ordenó la indexación de la suma reconocida hasta la fecha en que se efectúe su pago; absolvió a la demandada de todos los demás pedimentos formulados en su contra en razón a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción de conformidad con lo indicado en la parte motiva del fallo y; condenó en costas a la parte pasiva.

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, previa mención de los presupuestos normativos para la declaratoria de un contrato de trabajo y de relacionar las pruebas practicadas en juicio, que se encontraba demostrado que el demandante había prestado servicios de mensajería para la Panadería El Molino por cuenta de la entidad

² Fs. 31-36

demandada, desde el 1º de abril de 2008 y hasta el 14 de octubre de 2009, pues aunque obraba un contrato por obra o labor suscrito entre las partes con vigencia del 16 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2009, las pruebas documentales, en especial la certificación emitida por el mencionado establecimiento de comercio, dan cuenta de los servicios del actor en periodos anteriores y posteriores a los indicados en el contrato. Agregó, que en el expediente estaba probado que la demandada canceló al accionante la liquidación de prestaciones sociales por el periodo de la vigencia del contrato, pero no existía prueba de pagos anteriores, ni posteriores a esa fecha; sin embargo, debido a que el demandante presentó la reclamación escrita de derechos laborales, el 25 de septiembre de 2012, todas las acreencias causadas antes del 25 de septiembre de 2008 se encontraban prescritas y, como estaba demostrado el pago hasta el 30 de septiembre de 2009, sólo procedía condenar al pago de prestaciones sociales y vacaciones por los 14 días laborados en octubre de 2009. Por último, indicó que no procedía la indemnización por no consignación de cesantías, debido a que en el periodo adeudado no nació la obligación de consignarlas, sino pagarlas directamente al trabajador, como tampoco procedía la sanción moratoria porque no observaba que la empresa demandada hubiese actuado de mala fe, pues lo que ocurrió es que canceló lo que creía deber hasta 30 de septiembre de 2009, pero como el contrato era por obra o labor, el demandante siguió prestando sus servicios una quincena más debido a que fue facturada por la entidad usuaria de los servicios de mensajería.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada, argumentó que la prescripción nunca existió debido que en la motivación del fallo existen fallas del juez en cuanto a los tiempos prescritos, ya que como se indica en los folios 13 y 16, la prescripción se suspendió el 25 de septiembre de 2012 y no como lo indicó el despacho, por ello la acción no está prescrita y se prorrogó por un término igual de acuerdo con los artículos 488 y 489 del C.S.T., por lo que deben prosperar las pretensiones de la demanda.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación. La parte demandada insistió en que

los derechos laborales se encuentran prescritos. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: Si las acreencias laborales reclamadas con la demandada se encuentran afectadas por la prescripción conforme lo considerado por la primera instancia o si, por el contrario, es procedente condenar a la pasiva a todos los pedimentos de la demanda.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe destacar la Sala es que no existe controversia en esta instancia respecto que entre las partes existió una relación laboral, pues, aunque el a quo inicialmente hizo mención a varias relaciones de trabajo, lo cierto es que al analizar las pretensiones condenatorias de la demanda e incluso al analizar la excepción de prescripción, siempre partió de la base de un solo vínculo laboral con un extremo inicial del 1 de abril de 2008 y un extremo final de 14 de octubre de 2009.

Si bien en los alegatos de conclusión la demandada argumenta que al contrato por labor entre el 16 de junio 2.008 y el 30 de septiembre de 2.009, le precedieron otros contratos o vinculaciones de la misma naturaleza, ello no quedó demostrado dentro del proceso, pues lo acreditado es la prestación del servicio desde el 1 de abril de 2008 y hasta el 14 de octubre de 2008, de acuerdo con la certificación expedida por la Panadería y pastelería El Molino, establecimiento al cual el actor prestaba sus servicios de mensajería a través de SERVICIO Y GESTIÓN EMPRESARIAL S.A.S. (fs. 42-66).

Tampoco es objeto de controversia que el señor JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO, a través de correo certificado, remitió un derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda (fs. 13-15), el cual fue recibido por la empresa, el 25 de septiembre de 2012 (f. 16). En razón a lo anterior, es que la recurrente alega que el juez de instancia realizó un conteo errado de la prescripción.

Para resolver la cuestión planteada, debemos recordar que, por regla general, de conformidad con el artículo 488 del C.S.T., la acción para reclamar derechos laborales prescribe en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Asimismo, de acuerdo con el artículo 489 ibidem, el término de prescripción puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito que haga el trabajador al empleador sobre un derecho determinado.

En el caso bajo estudio, como ya se mencionó, el vínculo laboral que unió a las partes tuvo vigencia del 1º de abril de 2008 al 14 de octubre de 2009, conforme lo considerado por la primera instancia, es decir, ese es el periodo de causación de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas en la demanda. De otro lado, la prescripción fue interrumpida con el reclamo realizado por el promotor de la acción a la empresa, el 25 de septiembre de 2012, por lo que, tal como lo indicó el a quo, las acreencias laborales causadas y exigibles con antelación al 25 de septiembre de 2009 se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo.

Sin embargo, hay dos aspectos que no tuvo en cuenta el operador judicial de instancia; el primero, es que, tratándose de las cesantías, dicha prestación social sólo es exigible por parte del trabajador para el momento en que finaliza el contrato de trabajo y no antes, independientemente de que su causación sea anual, de acuerdo con el régimen creado a partir de la Ley 50 de 1990, por ello, el término de prescripción se empieza a contar a partir del día siguiente a la culminación del vínculo laboral. Así lo tiene adoctrinado de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que: “... respecto de las cesantías, es preciso indicar que, de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, durante la vigencia del contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral.” (CSJ SL5291-2018).

Por ello, si la prescripción operó a partir del 25 de septiembre de 2009 y hacia atrás, y el contrato terminó el 14 de octubre de 2009, las cesantías no se vieron afectadas por la extinción de las obligaciones.

El segundo aspecto, es que de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 186 y 187 del C.S.T., las vacaciones se causan en favor del trabajador cuando cumple un año de servicios al empleador, pero sólo son exigibles a partir del año siguiente y, en virtud de ello, es que la doctrina jurisprudencial ha señalado que las vacaciones prescriben cuatro años después de su causación (CSJ SL607-2023).

En ese sentido, si tenemos en cuenta que el contrato inició el 1° de abril de 2008, el señor JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO causó en su favor el derecho al descanso remunerado, el 1° de abril de 2009, pero como quiera que el contrato terminó el 14 de octubre de esa misma anualidad, es decir, sin que se cumpliera el año para hacerlas exigibles, lo que surgió en favor del actor fue el derecho a las vacaciones compensadas a la finalización del vínculo laboral, por lo cual tal acreencia no se vio afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Conforme lo expuesto, sí se equivocó el a quo al aplicar la prescripción frente a las cesantías y las vacaciones a las que tenía derecho el demandante, por ello, se revocará parcialmente el fallo, para en su lugar condenar a la demandada al pago de tales conceptos por el periodo correspondiente del 1° de abril de 2008 al 15 de julio de 2009. Lo anterior, atendiendo que las prestaciones sociales y vacaciones generadas entre 16 de julio de 2009 y 30 de septiembre del mismo año, fueron debidamente canceladas por la empresa conforme lo acreditado en juicio (fs. 28-29), mientras que las causadas entre 1° y 14 de octubre de 2009, fueron objeto de condena por parte del juez de instancia, sin que frente a ello hubiese presentado inconformidad la pasiva.

Ahora, para liquidar las acreencias laborales referidas, hay que señalar que no existe prueba dentro del plenario de la cual se logre extraer el salario devengado por el promotor de la acción para el año 2008, razón por la cual las cesantías causadas del 1° de abril al 31 de diciembre de esa anualidad, serán liquidadas con base en el SMMLV (\$461.500), más el auxilio de transporte vigente para esa anualidad (\$55.000). Por su parte, las cesantías entre 1° de enero y 15 de julio de 2009, serán canceladas con un salario

promedio de \$548.966 más un auxilio de transporte por valor de \$59.200, es decir, con base en una remuneración por valor de \$608.166, pues ese fue el valor registrado y utilizado por SERGEM S.A.S. para liquidar los conceptos reconocidos en la liquidación definitiva pagada el 30 de septiembre de 2009 (f. 28). En lo que respecta a las vacaciones, se liquidarán con base en el salario promedio antes indicado, sin incluir el auxilio de transporte.

CONCEPTO	AÑO	SALARIO BASE	DÍAS	TOTAL
Cesantías	2008	\$516.500	270	\$387.375
Cesantías	2009	\$608.166	195	\$329.423
Vacaciones	2008-2009	\$548.966	465	\$354.541
			TOTAL	\$1.071.339

Ahora bien, debe resaltar la Sala que, si bien al final del curso de la alzada se afirma que deben prosperar todas las pretensiones de la demanda, lo cierto es que la recurrente no esgrimió ningún argumento tendiente a controvertir las consideraciones que llevaron al a quo a absolver a la demandada de las sanciones moratorias solicitadas, como quiera que su inconformidad frente al fallo se limitó única y exclusivamente a la prescripción parcial de las prestaciones sociales y vacaciones.

No obstante, atendiendo que es un hecho notorio que los valores que por cesantías y vacaciones se están reconociendo a través de este fallo se han visto afectadas en su poder adquisitivo por el paso del tiempo por efectos de la inflación, se ordenará su cancelación debidamente indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

En tal sentido, la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente. Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 214 del 12 de noviembre de 2014, proferida por el Juzgado

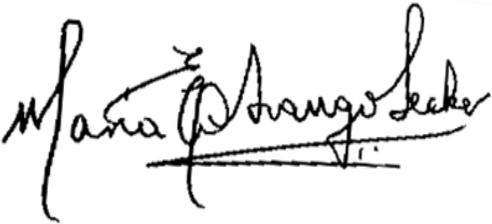
Doce Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **CONDENAR** a **SERVICIO Y GESTIÓN EMPRESARIAL S.A.S.** a pagar al señor **JOAN SANTIAGO VIDAL FORERO** la suma de **\$1.071.339** por concepto de cesantías y vacaciones causadas del 1º de abril de 2008 al 15 de julio de 2009, la cual se deberá cancelar debidamente indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: CONSTANTINO CALLE OLIVEROS
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DEL VALLE
RADICACIÓN: 76001-31-05-008-2015-00342-01
ASUNTO: Consulta sentencia de mayo 2 de 2016
ORIGEN: Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Incremento salarial por estudios
DECISIÓN: Confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante frente a la Sentencia No. 177 del 2 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **CONSTANTINO CALLE OLIVEROS** contra **UNIVERSIDAD DEL VALLE**, con radicado No. **76001-31-05-008-2015-00342-01**.

SENTENCIA No. 233

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción que se ordene a la UNIVERSIDAD DEL VALLE haga efectivo el reconocimiento económico por los logros académicos obtenidos en razón a la culminación de estudios de segundo título de posgrado de conformidad con lo consagrado en el artículo 8 de la Resolución No. 2276 del 14 de diciembre de 1996 modificada por la Resolución No. 247 del 2 de febrero de 1996, expedidas por la rectoría de la universidad, derecho que fue aplicado a sus compañeros Luis Fernando Calle Quintero, Jesús Harold Balanta Cardona, Nora Marina Vaquiro, Luis Javier Camargo, Walter Zapata Fernández, José Iván Rengifo Ramos, Gabriel Perdono Rojas y Nelson de Jesús Tobón, con base en los criterios

¹ Fs.110-119

plasmados en el Acta No. 008 de 2007 del Comité de Nivelaciones y en el Concepto Jurídico A.J.1269-07 del 25 de octubre de 2007, memorando del Vicerrector Administrativo VRADD.046-2010 del 13 de enero de 2010; se reconozcan los intereses moratorios desde la fecha de la solicitud hasta que se haga efectivo el pago y; se condene en costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que es trabajador oficial de la UNIVERSIDAD DEL VALLE desde agosto de 1991, desempeñando el cargo de Mecánico en la Facultad de Salud; que al interior de la universidad existen varias organizaciones sindicales con las que se han suscrito diversas convenciones colectivas en las que se han pactado los términos para realizar nivelaciones salariales y, en virtud de ello, mediante acta de acuerdo del 12 de marzo de 1993, suscrita entre la entidad y el sindicato SINTEUNIVALLE, se creó una Comisión de Escalafón y Nivelación de Trabajadores Oficiales cuya función principal es el mantenimiento, actualización, desarrollo del escalafón y establecer los criterios de evaluación de desempeño; que la rectoría de la universidad expidió la Resolución No. 2276 del 14 de diciembre de 1996 por la cual se hicieron ajustes al escalafón de trabajadores oficiales y se crearon dos niveles en los que se otorgan reconocimientos por estudios adicionales del 15% sobre el salario básico para pregrado, 25% sobre el salario básico para posgrado y 10% por título adicional de pregrado; que dicho acto administrativo fue modificado por la Resolución No. 247 del 2 de febrero de 1996; que el Comité de Nivelaciones mediante Acta No. 001 del 1° de febrero de 1999, aprobó una reglamentación a las mencionadas resoluciones para acceder al 25% adicional sobre el salario básico, lo cual vulnera criterios interpretativos y excede las facultades del comité al modificar los actos administrativos con base en los cuales se reconoció el beneficio económico a varios trabajadores oficiales; que en octubre de 2012 presentó solicitud de reconocimiento ante el comité por haber obtenido el título de segundo posgrado, el cual le fue negado por no cumplir la reglamentación establecida mediante el Acta No. 001 del 1° de febrero de 1999; que presentó el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión del comité, pero éste confirmó la negativa al resolver la reposición; que el decano de la facultad de salud remitió un oficio al comité, por lo que su caso fue nuevamente estudiado, pero le volvió a ser negado, por lo que presentó acción de tutela que fue declarada improcedente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIVERSIDAD DEL VALLE**². Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el Comité de Nivelación y Evaluación de Trabajadores Oficiales, en uso de las facultades que le fueron conferidas a través del acta de acuerdo del 12 de marzo de 1993, estableció los criterios generales para la aprobación del porcentaje adicional por título de posgrado mediante el Acta No. 001 del 1° de febrero de 1999, los cuales no aprobó el demandante dentro de la solicitud que presentó ante el comité. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Reglamento como fuerza vinculante; inexistencia de agotamiento previo del procedimiento de escalafón y nivelación de trabajadores oficiales; cobro de lo no debido; pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada y a favor del demandante; prescripción; buena fe de la entidad demandada; innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 177 del 2 de mayo de 2016, absolvió a la UNIVERSIDAD DEL VALLE de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, previo a relacionar las pruebas practicadas en juicio y de hacer referencia al principio de favorabilidad conforme lo decantado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168/1995, que el demandante no tenía derecho al incremento del 25% sobre el salario básico por estudios de posgrado, pues el comité de evaluación de cargos del escalafón sí tenía competencia para reglamentar las resoluciones 2276 de 1995 y 247 de 1996, a fin de establecer los requisitos para acceder al incremento salarial por estudios de pregrado y posgrado, debido a que precisamente a través del acta de acuerdo de nivel de cargo del 13 de marzo de 1993 se le facultó para esos efectos, como quiera que existe diversidad y varias modalidades de estudios, lo que hizo necesaria la reglamentación realizada a través del acta 001 del 24 de marzo de 1999. Agregó, que el título de posgrado en derecho constitucional otorgado por la Universidad Santiago de Cali fue recibido por el demandante en junio de 2012 cuando ya estaba vigente la reglamentación, la cual no acreditó haber cumplido, en razón a que el estudio de posgrado no tenía relación directa con el cargo desempeñado de mecánico de la facultad de salud.

² Fs. 128-136

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los planteamientos de la demanda. La parte demandada guardó silencio. Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: Si al señor CONSTANTINO CALLE OLIVEROS le asiste el derecho al reconocimiento económico del 25% sobre el salario básico por la obtención del segundo título de posgrado.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que no es objeto de controversia dentro del presente asunto que el señor CONSTANTINO CALLE OLIVEROS es trabajador oficial de la UNIVERSIDAD DEL VALLE en el cargo de mecánico de la facultad de salud (f. 2).

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que se debe destacar es que, los representantes de la UNIVERSIDAD DEL VALLE y los representantes de la organización sindical denominada Sindicato Mixto de Trabajadores y Empleados Públicos de la Universidad del Valle – SINTEUNIVALLE, a través de acta de acuerdo del 12 de marzo de 1993, crearon el Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales, en los siguientes términos (f. 5):

DEL COMITE DE EVALUACION

Créase un Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales compuesto por dos representantes de la Universidad y dos representantes del Sindicato Mixto de Trabajadores y Empleados Públicos de la Universidad " SINTEUNIVALLE " y un quinto miembro designado de común acuerdo por las partes, que podrá ser o no funcionario de la Universidad, el cual actuará en el evento que no exista acuerdo previo en el Comité.

El Comité tendrá como función principal el mantenimiento, actualización y desarrollo del Escalafón. Establecerá los criterios de Evaluación del Desempeño, decidirá y recomendará sobre las promociones que llenen los requisitos.

El Comité atenderá los reclamos que se presenten por la aplicación del Escalafón.

El Comité establecerá su Reglamento de funcionamiento y se reunirá a solicitud de cualquiera de las partes.

El promotor de la acción pretende el reconocimiento de un beneficio económico por estudios establecido en el artículo 8 de la Resolución No. 2276 del 14 de diciembre de 1996, expedida por la rectoría de la universidad, "Por la cual se hacen ajustes al Escalafón de Cargos de los Trabajadores Oficiales", así:

ARTICULO 8o. El funcionario que continúe desempeñando su labor no docente en los niveles adicionales aquí establecidos, recibirá los siguientes reconocimientos por estudios adicionales.

- a) Por título de pregrado: 15% sobre el salario básico
- b) Por título de postgrado: 25% sobre el salario básico
- c) Por título adicional de pregrado: 10% sobre el salario básico

La disposición aludida fue adicionada por el artículo 4 de la Resolución No. 247 del 2 de febrero de 1996, también expedida por la rectoría de la universidad, de la siguiente manera:

ARTICULO 4o. Adicionar el Artículo 8o. de la Resolución No. 2.276 de diciembre 14 de 1.995, emanada de la Rectoría, el cual quedara de la siguientes manera:

ARTICULO 8o. El funcionario que continúe desempeñando su labor no docente en los niveles adicionales aquí establecidos, recibirá los siguientes reconocimientos por estudios adicionales.

- a) Por culminación de todos los requisitos de estudios, excepto la tesis, la práctica profesional o el proyecto de grado 10% sobre el salario básico
- b) Por título de pregrado: 5% sobre el salario básico
- c) Por título de postgrado: 25% sobre el salario básico.
- d) Por título adicional de pregrado: 10% sobre el salario básico

El Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales mediante reunión del 24 de febrero de 2009, consideró: "...que es importante

reglamentar el otorgamiento de porcentajes adicionales por títulos de postgrado debido a que existen variedad de modalidades en cuanto a dedicación, tiempo y especialidad, como créditos cursados...” (f. 18), por lo cual, de común acuerdo entre todos los representantes, estableció, a través del Acta No. 001 de la fecha, los criterios generales para la aprobación de porcentajes adicionales por título de posgrado, en los siguientes términos (f. 19):

Para optar a porcentajes adicionales por título de posgrado, se requiere:

1. Adjuntar certificado de la entidad educativa, aprobada por el Icfes, en el cual se establezca que se trata de un estudio de postgrado.
2. El estudio de postgrado debe tener relación directa con las funciones que el trabajador desempeña en la Universidad, y con el título de pregrado que dió origen a la nivelación inicial.
- 3.- El estudio de postgrado debe tener una duración mínima de 1 año, dependiendo de la intensidad horaria y el número de créditos. Esto último será objeto de análisis y decisión en la próxima reunión del Comité.
4. Para acceder a nivelación por concepto de postgrado, deberá haber transcurrido como mínimo 2 años luego de haber obtenido el título de pregrado. Para acceder a nivelación por concepto de un segundo y último postgrado, deberá haber transcurrido por lo menos 5 años después de haber recibido el título de pregrado.

Ahora bien, el señor CONSTANTINO CALLE OLIVEROS elevó ante el Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales solicitud tendiente al reconocimiento del 25% sobre el salario básico por haber obtenido el título de posgrado de especialista en derecho constitucional otorgado por la Universidad Santiago de Cali, el 19 de junio de 2012 (f. 488), el cual le fue negado por el comité mediante sesión del 14 de noviembre de 2012, al no cumplir con la reglamentación establecida a través del Acta No. 001 del 1º de febrero de 1999, específicamente en lo relativo a que: *“El estudio de postgrado debe tener relación directa con las funciones que el trabajador desempeña en la Universidad, y con el título de pregrado que dio origen a la nivelación inicial.”*, en tanto que no presentó certificación de su jefe donde se haga claridad que el contenido curricular de su pregrado y posgrado tienen relación directa con las funciones que desempeña de manera permanente, por lo cual se le otorgó el término de diez días para que subsanara dicha omisión, decisión que le fue notificada mediante comunicación del 6 de diciembre de ese mismo año (f. 37).

De acuerdo con la tesis de la demanda, el Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales no estaba facultado para reglamentar el acceso a los porcentajes adicionales creados mediante la Resolución No. 2276 del 14 de diciembre de 1996 agregada en lo pertinente por la

Resolución No. 247 del 2 de febrero de 1996. Sin embargo, considera este Juez Colegiado que no le asiste razón a la parte demandante, como quiera que, conforme al acta de acuerdo del 12 de marzo de 1993 suscrita entre el empleador y la organización sindical, el comité tiene como función principal el mantenimiento, actualización y desarrollo del escalafón, aunado a que es el órgano competente para decidir sobre la aplicación del escalafón.

Si bien no se desconoce que el escalafón de cargos para establecer la remuneración de los trabajadores oficiales sólo puede ser determinado por la rectoría por ser el máximo órgano del ente público de educación superior, como quiera que tal determinación implica el ordenamiento del gasto, ello no es óbice para que, al tratarse de un beneficio adicional a los establecidos por la ley, pueda ser reglamentado de común acuerdo entre la entidad y una de las organizaciones sindicales que subsiste al interior de la misma, pues tal aspecto se encuentra en consonancia con los artículos 30 y 31 del Decreto 2127 de 1945 compilados en los artículos 2.2.30.5.1 y 2.2.30.5.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública (Decreto 1083 de 2015), en tanto obliga a los empleadores a reglamentar, entre otros aspectos, las *“Escalas de salarios aunque no se exprese la cuantía numérica de cada uno; diversas modalidades de remuneración; primas y bonificaciones; aumentos de salario en razón de antigüedad, si es el caso.”* y las *“Prestaciones adicionales a las obligatorias legalmente en su caso.”*

Observa la Sala que el Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales otorgó al promotor de la acción el reconocimiento por estudios establecido en los literales a) y b) del artículo 8 de la Resolución No. 2276 del 14 de diciembre de 1996 adicionado por el artículo 4 de la Resolución No. 247 del 2 de febrero de 1996 por haber cursado y culminado la carrea de derecho y haber obtenido el título de abogado otorgado por la Universidad Libre (295-304), como también el mismo reconocimiento del 25% sobre el salario básico que ahora pretende, por un primer posgrado que cursó y culminó con la obtención del título de especialista en derecho administrativo, pero ha de resaltarse que en esas oportunidades, el trabajador acreditó los requisitos exigidos en el Acta No. 001 del 1º de febrero de 1999, pues la Coordinadora del Área Administrativa de la Facultad de Salud y el Decano de la misma, certificaron que el actor había impartido charlas jurídicas a los estudiantes de la Escuela de Medicina y emitió conceptos jurídicos cuando le fue requerido y en el último año de su especialización en derecho administrativo capacitó a funcionarios de esa

facultad en mecanismos de control constitucional y administrativo (fs. 296 y 386-400).

En esas oportunidades, el aquí demandante no reprochó, ni puso en tela de juicio la competencia del Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales para reglamentar el acceso a los reconocimientos adicionales por estudio, sino que se sometió y cumplió todos los requisitos, pero ahora que no acredita el cumplimiento de éstos para acceder al reconocimiento por haber obtenido un segundo título de posgrado, pretende que se le otorgue el derecho al mismo sin el lleno de los requisitos bajo la tesis que el mencionado comité no tiene competencia para tales efectos, lo cual, conforme se explicó con antelación, no es así, pues se itera, el comité fue creado precisamente para el mantenimiento, actualización y desarrollo del escalafón, competencia que le fue otorgada precisamente por las partes que acordaron el escalafón, esto es, el empleador y el sindicato.

Así las cosas, no resulta de recibo que el señor CONSTANTINO CALLE OLIVEROS pretenda desconocer las facultades del Comité de Evaluación de Cargos de Trabajadores Oficiales ante la omisión de cumplir los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento económico por estudios que pretende, aunado que tampoco acreditó que a los trabajadores relacionados en la demanda se les hubiese otorgado el beneficio económico sin aplicarles u omitiendo lo reglamentado mediante Acta No. 001 del 1º de febrero de 1999 y, en ese sentido, el hecho de que a ellos se les hubiese realizado el reconocimiento, no implica que a los demás trabajadores oficiales de la entidad también hay que reconocérselos por el simple hecho de obtener el título, pues de conformidad con lo que se ha venido explicando, existen criterios adicionales a tener en cuenta para la aplicación del escalafón.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala indefectiblemente debe confirmar en su integridad la sentencia consultada. Sin costas en la instancia por conocerse en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

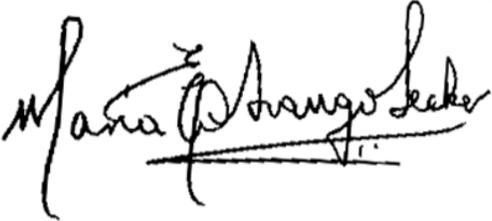
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 177 del 2 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA*
DEMANDADO: *SERTEMPO S.A. hoy SUMMAR TEMPORALES S.A.S.*
RADICACIÓN: *76001-31-05-001-2013-00441-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia de 16 de septiembre de 2014*
ORIGEN: *Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali*
TEMAS: *Estabilidad laboral reforzada*
DECISIÓN: *Adiciona.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación presentados por las partes contra la Sentencia No. 167 del 16 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA** contra SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES CALI S.A. - SERTEMPO S.A. hoy **SUMMAR TEMPORALES S.A.S.**, con radicado No. **76001-31-05-001-2013-00441-01**.

SENTENCIA No. 231

DEMANDA¹. Pretende la promotora de la acción se condene a la demandada al reconocimiento y pago de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; de la indemnización de que habla el artículo 216 del C.S.T.; los reajustes y el pago de los derechos que resulten probados; la indexación y; las costas procesales.

¹ Fs. 3-10

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó laboralmente con SERTEMPO S.A. hoy SUMMAR TEMPORALES S.A.S. para desempeñar el cargo de operaria de ensamble; que en desarrollo del contrato fue diagnosticada con una enfermedad de origen profesional, según calificación realizada en primera instancia por COOMEVA EPS, quien para ello realizó un estudio de su puesto de trabajo y entregó copia del mismo al empleador, junto con la orientación sobre el manejo de la trabajadora; que la ARL COLPATRÍA recurrió el dictamen emitido por la EPS, por lo que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca realizó calificación del Síndrome del Túnel del Carpo Bilateral Derecho como de origen profesional y el Síndrome del Manguito Rotador como de origen común; que la ARL volvió a impugnar el dictamen, el cual fue modificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el sentido que el Síndrome del Túnel del Carpo también era de origen común; que el 3 de marzo de 2011, mientras se definía la calificación de origen, la EPS remitió a la empresa recomendaciones ocupacionales, pero la entidad, sin tener en cuenta ello, ni su edad, decidió dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, el 6 de julio de 2011, sin solicitar el permiso al Ministerio del Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SUMMAR TEMPORALES S.A.S.². La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso que no se encuentran establecidas las condiciones o presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues la causa de la terminación del contrato de trabajo no obedeció a una condición de incapacidad laboral, sino a no requerirse los servicios de la demandante, situación que llevó a reconocerle la indemnización por terminación unilateral del contrato. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Cobro de lo no debido, prescripción, pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 167 del 16 de septiembre de 2014, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; condenó a SERTEMPO S.A. hoy SUMMAR TEMPORALES S.A.S. a pagar a la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY

² Fs. 141-145

HUILA la suma de \$3.216.000 por concepto de indemnización de 180 días por despido con limitación física sin autorización del Ministerio del Trabajo, debidamente indexada desde el 6 de julio de 2011 hasta la fecha efectiva de su pago; absolvió a la demandada de las restantes pretensiones y; condenó en costas a la parte pasiva.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, previo a mencionar los presupuestos normativos y jurisprudenciales de la denominada estabilidad laboral reforzada, que para el momento de la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral por el empleador, la demandante se encontraba con recomendaciones médicas y estaba en proceso de calificación de origen por las patologías diagnosticadas, lo cual era plenamente conocido por la demandada, de ahí que si bien ésta reconoció la indemnización por despido injusto a la actora, incurrió en un error, pues debió solicitar la autorización al Ministerio del Trabajo, ya que la trabajadora tenía una limitación física y se encontraba en tratamiento, razón por la cual era procedente ordenar la indemnización solicitada de 180 días de salario con base en el último salario devengado por la demandante, la cual se debía pagar debidamente indexada. Por último, indicó que la parte activa no había demostrado la responsabilidad del empleador en la aparición de las patologías que padece.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada, argumentó que quedó demostrado que al momento de la terminación del contrato de trabajo la actora se encontraba con una limitación física, lo que le otorga el derecho a la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pero no es cierto que sólo se haya reclamado el pago de la indemnización, sino que se pidió todo lo indicado en dicho artículo, por lo que el despido resulta ineficaz y la demandante debe ser reintegrada al cargo que venía desempeñando y, en consecuencia, la demandada debió ser condenada al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha del despido hasta que se haga efectivo el reintegro y los que se causen hasta que la entidad obtenga el permiso para despedir a la trabajadora.

La parte **DEMANDADA** apeló el fallo argumentando que al momento de terminarse el contrato de trabajo no existía una calificación de PCL, ya que sólo existe una determinación del origen, la cual a esa fecha no estaba

definida, pues fue decretada después de terminarse el contrato, por tanto, al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral no se debió declarar la estabilidad laboral reforzada. Además, que no se tuvo en cuenta que dentro de la liquidación definitiva a la actora se le canceló la suma de \$624.867, los cuales, en el caso de que se confirme la decisión, se deben descontar de la indemnización decretada.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandada reiteró los argumentos del recurso de apelación. La parte demandante guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los repartos invocados en la alzada, se centran a resolver: **(i)** Si la demandante es o no objeto de la estabilidad laboral de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de ser así; **(ii)** establecer si es procedente declarar la ineficacia del despido, ordenar su reintegro a un cargo igual o de superior jerarquía al que desempeñaba al momento de la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social causados hasta que se haga efectivo el reintegro y; **(iii)** si es procedente autorizar el descuento a la demandada de la suma pagada en la liquidación definitiva por concepto de indemnización por despido injusto.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que es supuesto fáctico indiscutido dentro del presente asunto que entre la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY

HUILA y SERTEMPO S.A. hoy SUMMAR TEMPORALES S.A.S. existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo por ejecución de la obra o labor determinada, vigente desde el 25 de enero de 2010 al 6 de julio de 2011, fecha en que en el empleador decidió darlo por terminado de forma unilateral y sin justa causa, por lo que realizó el respectivo pago de la indemnización por despido injusto por valor de \$624.867 (fs. 146-147, 150 y 158).

En relación con la estabilidad laboral, hay que señalar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, delimita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario la terminación no produce ningún efecto.

Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, al manifestar que el ámbito laboral constituye un objetivo específico para el cumplimiento de los propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas; de ahí que el elemento prioritario de dicha protección lo constituya la ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso a bienes y servicios para su subsistencia y la de su familia, y en la parte resolutive de la sentencia dispuso que, *“...carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”*.

La aplicación de la protección, sin embargo, supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el principio de buena fe, una de las cuales es que el empleador conozca o deba conocer el estado de discapacidad del trabajador en el momento de terminar la relación de trabajo, pues si la ignora no puede alegarse que se violó el citado fuero o que se vulneró la protección laboral reforzada, por cuanto no puede perderse de vista que una de las exigencias normativas establecidas en el citado artículo 26 es que la terminación del contrato se produzca por razón de la limitación, lo que presupone el conocimiento previo por parte del empleador, así como el reconocimiento de la deficiencia física y/o mental alegada.

Al respecto, se observa que el artículo 1° del Convenio 159 de la OIT, citado en el fallo de la Corte Constitucional ya referido, estatuye: “A los

efectos del presente Convenio, se entiende por “persona inválida” toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”

Dentro del ordenamiento jurídico interno, el artículo 2º de la Ley 1618 de 2013 define a las personas con y/o en situación de discapacidad como, *“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Ahora, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, de antaño, han desarrollado los presupuestos tendientes a establecer si un trabajador se ubica dentro de la estabilidad laboral reforzada a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un principio señalaba que no es cualquier limitación o discapacidad la que es objeto de protección por parte de la Ley 361 de 1997, sino que solo son sujetos de estabilidad laboral reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15 %, es decir, limitaciones moderadas, severas y profundas de conformidad con el artículo 5º de la Ley antes señalada. Sin embargo, dicha tesis ha sido recientemente revaluada por la Corporación a través de la sentencia SL1152 del 10 de mayo de 2023, MP: Dra. Marjorie Zúñiga Romero, en el entendido que dicho porcentaje mínimo de limitación sólo es exigible en los casos anteriores al 10 de junio de 2011, fecha en la que entró a regir en Colombia la *«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»*, pues consideró la alta Corporación que: *“...la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.”* Por tanto, indicó la Corte que lo determinante para establecer si una persona es objeto de estabilidad laboral reforzada, son tres aspectos a saber:

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

“(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

“(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.”

También ha dicho esa Corporación que la autorización del Ministerio del Trabajo se impone cuando la discapacidad del trabajador sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio, caso en el cual el funcionario del ente Ministerial debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas (CSJ SL1360-2018).

Asimismo, ha adoctrinado la Sala Laboral que el estado de discapacidad o limitación del trabajador se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el empleado, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo (CSJ SL1735-2021).

Finalmente, la jurisprudencia reiterada recientemente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha adoctrinado que si en el juicio el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar una justa causa de despido o una razón objetiva para terminar el contrato de trabajo, pues el empleador para acudir al despido unilateral y sin justa causa tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, debe contar con la autorización del Ministerio del Trabajo de acuerdo con los presupuestos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL535-2023)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-519 de 2003, consideró que no es suficiente la presencia de una discapacidad en el trabajador que el empleador decide desvincular, sino que para que prospere la protección de la estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que la desvinculación laboral se debió a la condición particular del trabajador, es

decir, debe estar plenamente demostrado el nexo causal entre la discapacidad o condición de debilidad manifiesta del trabajador y la desvinculación laboral.

Posteriormente, a través de la sentencia SU-049 de 2017, señaló la Corte que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable frente a quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Señala textualmente la providencia en mención, *“Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho.”*

Conforme el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia han realizado la Corte Constitucional y la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, es dable colegir que no es cualquier afectación a la salud del trabajador la que lo ubica en un estado de debilidad manifiesta y, por tanto, beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, sino que dicha estabilidad es pregonable cuando la patología que padece es notoria, evidente y perceptible y, además, le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares. Y si bien la Sala de Casación Laboral prescribe que la limitación del trabajador debe ser superior al 15 %, es decir, al menos moderada, también ha reconocido que para acreditarse tal aspecto no es necesario un dictamen de calificación, sino que el mismo puede probarse con otros elementos de juicio.

En esos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997: **I)** debe padecer una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo; **II)** dicha limitación de salud debe ser notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; **III)** el empleador debe conocer el estado del salud del trabajador y; **IV)** la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, sin perjuicio que, demostrada la situación de discapacidad del trabajador, se presuma que la terminación del contrato tuvo génesis en esa circunstancia.

Descendiendo al caso concreto, lo primero que hay que indicar es que no encuentra margen de duda el hecho que a la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA, el 10 de septiembre de 2007, se le diagnosticó Síndrome del Túnel del Carpo Derecho Leve, y que el 6 de julio de 2010 se le diagnosticó Síndrome del Manguito Rotador, pues así se desprende del historial clínico aportado al plenario (fs. 42-97). Estas patologías fueron calificadas en última instancia por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como de origen común mediante dictamen del 18 de julio de 2012, a través del cual modificó el dictamen del 16 de diciembre de 2011 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, que había determinado que el Síndrome del Manguito Rotador era de origen común y que el Síndrome del Túnel del Carpo era de origen laboral (fs. 108-112 y 117-120).

Se observa que por la patología Síndrome del Túnel del Carpo, la promotora de la acción fue incapacitada, de forma discontinua, desde el 19 de noviembre de 2009 hasta el 8 de septiembre de 2010 (fs. 25-41). Adicionalmente, por esa misma patología COOMEVA EPS emitió recomendaciones médico-ocupacionales con destino al empleador, el 13 de abril de 2010, el 19 de octubre de 2010 y el 3 de marzo de 2011, cada una por un término de seis meses, relativas a que la trabajadora debía evitar movimientos repetitivos de los miembros superiores, podía realizar carga de objetos hasta de 5 Kg y debía realizar pausas activas durante la jornada laboral (fs. 104-105 y 124).

También se encuentra acreditado que la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA tuvo citas con el área de medicina laboral de COOMEVA EPS por sus patologías, el 10 de diciembre de 2009; 23 de febrero de 2010; 13 de abril de 2010, fecha en que se le emitieron las primeras recomendaciones médico-ocupacionales y; 15 de junio de 2010 (fs. 68-73).

Asimismo, que la EPS realizó dos estudios de puesto de trabajo a la demandante; el primero, efectuado el 25 de febrero de 2010 para el oficio de operaria de ensamble o de ensambladora para el cual había sido contratada, del cual concluyó que: *“La trabajadora se encuentra en un nivel de riesgo ergonómico ALTO, por su nivel de repetitividad en movimientos de pronosupinación, hiperflexión, pinza con pulgar e índice con ambas manos”* (fs. 16-23). El segundo, realizado el 11 de mayo de 2011 para el oficio en área administrativa, al cual había sido reubicada desde el 24 de noviembre de 2010, en el cual concluyó que después de la reubicación para realizar funciones administrativas, se calificaban: *“...las tareas en un nivel de riesgo ergonómico BAJO, porque las actividades que realizan son variadas y no implica movimientos repetitivo, ni sostenido de miembros superiores, que vayan a generar agravamiento de la patología que presenta actualmente.”* (fs. 11-15).

De acuerdo con los elementos de juicio que se acaban de analizar, la Sala puede llegar a dos conclusiones: (i) Que la demandante tenía diagnosticadas dos patologías que eran evidentes, perceptibles y conocidas por el empleador y; (ii) que las patologías que padecía la trabajadora le impedían y/o dificultaban sustancialmente el desarrollo de las funciones para las cuales había sido contratada en condiciones regulares.

A dichas conclusiones llega este Juez Colegiado, ya que, para el 6 de julio de 2011, fecha del despido, la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA no sólo tenía vigentes las recomendaciones médico-ocupacionales que se le emitieron el 3 de marzo de 2011 con vigencia de seis meses y que se venían prorrogando desde el 13 de abril de 2010, sino que había sido reubicada en otro puesto de trabajo desde el 24 de noviembre de 2010, es decir, como consecuencia de los diagnósticos de Síndrome del Manguito Rotador y Síndrome del Túnel del Carpo la trabajadora no podía realizar las labores contratadas en óptimas condiciones, al punto que tuvo que ser relevada de las mismas con una reasignación de funciones en otro cargo y área distinta de trabajo, con lo cual no existe margen de duda que, en este

caso, se configuran los presupuestos para que opere la protección de la estabilidad laboral reforzada establecida el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que, habiéndose terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa por parte de SERTEMPO S.A. hoy SUMMAR TEMPORALES S.A.S., sin que se hubiese demostrado una razón de peso para rescindir el vínculo laboral, a la única conclusión a la que se puede llegar es que esa determinación del empleador se dio con causa y con ocasión de las condiciones de salud de la trabajadora, de conformidad con la doctrina jurisprudencial a la que se hizo alusión en párrafos que anteceden.

Así las cosas, acreditado con suficiencia que la promotora de la acción es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, considera la Sala que ésta tiene derecho al reintegro al puesto de trabajo que desempeñaba al momento del despido o a otro de igual o superior jerarquía, con las consecuencias económicas que de dicha orden se derivan, conforme lo argumentado en el recurso de apelación, por las razones que se pasan a explicar:

La pretensión principal de la demanda es del siguiente tenor:

“Se condene al SERTEMPO CALI S.A., a que reconozca y pague a la señora MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA, lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.” (SIC) (f. 4).

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-531 de 2000, citada al inicio de estas consideraciones, estudió la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y declaró exequibilidad condicionada del inciso segundo dicha norma: *“...bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”.*

En ese sentido, lo resuelto por el órgano de cierre de lo Constitucional debe entenderse integrado al texto mismo de la norma, es decir, la consecuencia jurídica ahí descrita debe aplicarse en todos los casos en que a su vez se aplique la protección de la estabilidad laboral reforzada, esto es,

cuando una persona acredite los supuestos de hecho del precepto y los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para tal efecto, sin que sea posible escindir los efectos jurídicos de la disposición normativa.

De acuerdo con lo anterior, la Sala no comparte lo decidido por la a quo en tanto sólo reconoció a la demandante la indemnización de los 180 días de salarios, sin mencionar el otro efecto jurídico de la norma, como lo era la ineficacia del despido del cual fue objeto, lo que necesariamente traía como consecuencia que se debía reestablecer el contrato de trabajo y, a su vez, que nacía en cabeza de la trabajadora el derecho al pago de las acreencias laborales generados por el tiempo en que ha estado cesante, como quiera que, se itera, se trata de consecuencias jurídicas se encuentran ligadas la una de la otra, sin que sea posible escindirlas, pues si bien en este caso dentro de la demanda no se hace mención expresa al reintegro, lo cierto es que sí se pretende que se condene a la pasiva a *“...lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”*, y lo establecido en dicha norma, es que: *“...carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo...”*.

La anterior precisión es de suma importancia, pues debe resaltar la Sala que no se trata de la emisión de un fallo ultra ni extra petita, ya que se está reconociendo el efecto jurídico consagrado en la norma que sirvió de sustento para la pretensión principal de la demanda por haber acreditado la parte actora estar inmersa en el supuesto de hecho que ésta consagra.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será adicionada en el sentido de dejar sin efectos el despido del que fue objeto la demandante; ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba para ese momento o a uno igual o de superior jerarquía acorde con sus condiciones actuales de salud, con el consecuente pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y aportes a la seguridad social en salud y pensión causados desde la fecha del despido, 6 de julio de 2011, hasta que se haga efectiva la orden de reintegro, en valores que deberán ser indexados año a año desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

Ahora, como quiera que el despido se está dejando sin efectos, no hay lugar a la indemnización por despido injusto que le fue reconocida a la demandante, por lo cual se autorizará a la demandada a que, de las sumas

a cancelar, descuenta la suma de \$624.867 que pagó por dicho concepto.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la sentencia apelada será adicionada. Sin costas en esta instancia por haber prosperado totalmente el recurso de apelación de la parte demandante y parcialmente el de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

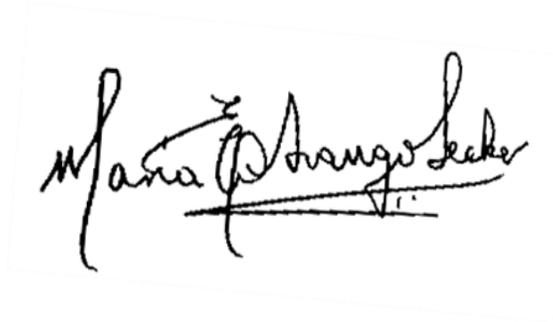
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 167 del 16 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, **DECLARAR** sin efectos el despido del que fue objeto la señora **MARÍA REBECA MANBUSCAY HUILA** y, en consecuencia, **ORDENAR** a SERTEMPO S.A. hoy **SUMMAR TEMPORALES S.A.S.** a que la reintegre al cargo que desempeñaba o a uno igual o de superior jerarquía acorde con sus condiciones actuales de salud y; **CONDENAR** al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y aportes a la seguridad social en salud y pensión causados desde la fecha del despido hasta que se haga efectivo el reintegro, en valores que deberán ser indexados año a año desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. Se autoriza a SERTEMPO S.A. hoy **SUMMAR TEMPORALES S.A.S.** a que de los valores a cancelar descuenta la suma de **\$624.867**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fabian Marcelo Chavez Niño'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carolina Montoya Londoño'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *WILSON JR MANYOMA DÍAZ*
DEMANDADO: *ALUMINA S.A.*
RADICACIÓN: *76001-31-05-011-2016-00122-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia de febrero 26 de 2019*
ORIGEN: *Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali*
TEMAS: *Nivelación salarial*
DECISIÓN: *Confirma.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE frente a la Sentencia No. 042 del 26 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **WILSON JR MANYOMA DÍAZ** contra **ALUMINIO NACIONAL S.A. - ALUMINA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-011-2016-00122-01**.

SENTENCIA No. 230

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 16 de octubre de 2002; que se condene a ALÚMINA S.A. al reconocimiento y pago de la nivelación salarial teniendo en cuenta que el cargo de ayudante de laminación y las mismas funciones las ejerce el señor Jairo Hernando Ramírez Daza, pero devenga un salario superior; como consecuencia de ello, se reajuste el salario y las prestaciones sociales legales y extralegales y los aportes a la seguridad social; se condene al pago de la indemnización por

¹ Fs. 3-7

no consignación completa de las cesantías, la indexación y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a ALUMINA S.A. entre 16 de octubre de 2002 y 21 de mayo de 2006, a través de la CTA Amiga y desde el 22 de mayo de 2006 directamente con la empresa mediante un contrato de trabajo a término indefinido; que desde el inicio de la relación laboral ha venido ejerciendo el cargo de operario de producción donde se desempeña en el cargo de ayudante laminador (SIC); que ha ejercido los cargos en condiciones similares a otros compañeros de trabajo, pero la demandada le ha cancelado salarios inferiores; que desde el año 2006 la empresa le venía cancelando una prima de navidad equivalente a 38 días de salario y una prima de vacaciones equivalente a 40 días de salario, pero en el año 2013 se suscribió un nuevo pacto colectivo que disminuyó esas primas a 15 días de salario; que el dicho año, junto con otros trabajadores, fundaron la organización sindical SINTRAALUMINA y no se adhirieron al nuevo pacto colectivo, por el contrario, presentaron un pliego de peticiones; que interpuso acción de tutela que correspondió al Juzgado Doce Civil Municipal de Cali, quien a través de Sentencia No. 269 del 2013, ordenó a la demandada reconocerle todas los beneficios extralegales que reconocía a los trabajadores no sindicalizados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ALUMINA S.A.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el salario asignado al demandante por la empresa corresponde al cargo desempeñado, el cual ha sido incrementado año a año de acuerdo con la ley. Agregó, que en la empresa se suscribió un nuevo pacto colectivo con vigencia 2013-2017, debido que desde años atrás se venía presentando una reestructuración administrativa, viéndose la necesidad de suprimir algunas secciones de varios departamentos para reducir costos y hacer viable el sostenimiento del negocio en las circunstancias económicas globalizadas y el difícil mercado del aluminio, por lo que, para evitar el cierre de la empresa, se hicieron varias reuniones con los trabajadores para explicarles la necesidad de nivelar los salarios y se suscribió el nuevo pacto que contenía los cambios en las condiciones laborales. Además, que en la empresa coexiste un pacto colectivo con 366 adherentes y dos organizaciones sindicales con 99

² Fs. 61-70

afiliados cada una. Propone como excepciones de fondo las que denominó: carencia de derecho sustancial, petición de lo no debido, pago total, falta de inmediatez en las pretensiones, interpretación errónea del Art. 143 del C.S.T., prescripción, negociación colectiva y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 042 del 26 de febrero de 2019, declaró que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de octubre de 2002, el cual se encuentra vigente; declaró probada la excepción de carencia del derecho sustancial propuesta por la demandada; absolvió a ALÚMINA S.A. de todas las pretensiones de la demanda; declaró no probada la tacha de sospecha respecto los testigos Jairo Hernando Ramírez Daza y José Arjail Murillas Tascón y; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, que el actor es empleado de ALUMINA S.A. desde el 16 de octubre de 2002, pues desde esa fecha le presta servicios personales lo que daba operación a la presunción del artículo 24 del C.S.T., la cual no fue desvirtuada por la pasiva. Agregó, previo a conceptuar sobre el principio de a trabajo igual, salario igual, que el actor no tenía derecho a la nivelación salarial, pues ante la falta de prueba, era imposible realizar una comparación en los cargos, funciones y la asimetría de salarios alegada respecto del trabajador Jairo Hernando Ramírez Daza, quien se determinó como referente de comparación, ya que ni siquiera se acreditaron los cargos desempeñados por este último, aunado que la poca prueba indicaba que en ciertos períodos laboraron en zonas distintas de la empresa e incluso que desde el año 2014 el actor se encuentra incapacitado para laborar. Asimismo, que el señor Jairo Hernando Ramírez Daza en su testimonio indicó que cuando él y el actor desempeñaron las mismas funciones en el tablero B, la empresa le pagó a este último la diferencia salarial conforme el escalafón de salarios que rige en la empresa. Además, que el testigo José Arjail Murillas Tascón dijo que, a pesar de laborar en la misma sección que el demandante, recibía un salario inferior, ya que éste tenía mayor antigüedad, lo cual era posible dentro de la empresa. Finalmente, consideró que las primas de vacaciones y de antigüedad no hacían parte de la causa litigiosa, pues desde la fijación del litigio se ciñó la Litis a la procedencia de la nivelación salarial, pero que, en todo caso, dichas prestaciones fueron modificadas en la empresa a partir del año 2013 y así quedo plasmado en el nuevo pacto colectivo y en la CCT

suscrita con SINTRAMETAL, organización sindical a la que se encontraba afiliado el actor.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada argumentó que, de acuerdo a las consideraciones del fallo, se observa que desde el año 2002 la demandada ha pretendido desdibujar la verdadera relación que existe entre las partes, al vincular al demandante a través de una CTA, que se podría decir entonces del resto de la relación laboral donde el testigo Jairo Hernando Ramírez Daza, quien lo capacitó desde 2002, lo ubica en un departamento y refiere determinadas tareas, y continuaron todos laborando en dicho departamento, por lo que, si bien laboral al inmediación del juez en los testimonios, le extraña que se hayan negado las pretensiones, ya que existen documentales que indican que si desempeñó la mismas funciones del testigo en el departamento foil doméstico donde la demandada desarrolla los productos, por ello, ante la multiplicidad de cargo y funciones que se realizan en ese departamento, lógicamente los testigos no podían ser coincidentes, pero dentro del proceso no se estableció que ALUMINA S.A. tenga establecidas diferencias salariales por razón de la antigüedad.

Sostiene que no comparte la consideración del a quo en cuanto que el actor no puede tener el status de operario desde 2002 porque se encuentra incapacitado o ha sido incapacitado, pues el testigo Jairo Hernando Ramírez Daza fue claro en ubicarlo en el departamento foil y señaló que ambos podían ir al tablero A y al tablero B. Agregó, que debe tenerse en cuenta que desde el año 2013 en la empresa operó un nuevo régimen salarial, por lo cual el demandante optó por afiliarse a un sindicato y obtener el fuero circunstancial para evitar que lo desmejoraran salarialmente. Además, desde ese año al trabajador se le dejaron de pagar las primas de antigüedad y vacaciones, las cuales deben ser reconocidas bajo las facultades ultra y extra petita porque sí fueron discutidas en el juicio y se probó que existió discriminación, ya que la empresa hizo un acuerdo privado con diez trabajadores a quienes les continuó cancelando dichas primas, como lo confesó la representante legal en el interrogatorio.

Indica que hay un documento de 2013 donde la empresa le dice al demandante que, por no ser adherente al paco colectivo, no le va a reconocer

las prestaciones extralegales, por lo que prácticamente lo estaba obligando a adherirse al pacto colectivo, lo cual no fue tenido en cuenta por el juzgado. Por último, afirma que con el testimonio de José Arjail Murillas Tascón quedó en evidencia las artimañas de la empresa, que en 2016 estableció unas escalas salariales en la CCT y en el pacto colectivo, pero lo que se reclama en la demanda es desde 2013 cuando la demandada disminuyó las condiciones salariales y prestacionales.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual transcurrió en silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centran a resolver: **(i)** si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial para equiparar su remuneración a la devengada por el señor Jairo Hernando Ramírez Daza; en consecuencia, **(ii)** si procede el reajuste de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales y; **(iii)** si tiene derecho a que se le paguen las primas de navidad y vacaciones correspondientes a 38 y 40 días de salario, respectivamente.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que es objeto de controversia en esta instancia judicial que entre el señor WILSON JR MANYOMA DÍAZ y la empresa ALUMINA S.A., existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de octubre de 2002, tal como fue declarado por la primera instancia.

Lo pretendido por la parte demandante encuentra sustento en la supuesta violación del principio “A trabajo igual, salario igual”, establecido en el artículo 143 del C.S.T., que se ha constituido en un principio del derecho laboral de índole legal y constitucional.

Este precepto normativo señala que, a trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder salario igual, sin que sea posible establecerse diferencias por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales, y que todo trato diferenciado en materia salarial, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Frente a la aplicación de este principio, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su pacífica jurisprudencia, reiterada, entre otras, en la sentencia SL-2512-2018, tiene adoctrinado que:

“...para que la garantía derivada del principio de a trabajo igual salario igual consagrado en el artículo 143 del CST, que tiene respaldo constitucional en el artículo 13 de la CN, tenga aplicación imperativa, se debe desempeñar el mismo puesto no solo en condiciones de eficiencia iguales, sino observando otros ingredientes de comparación que deben ser demostrados en el juicio, tales como la capacitación o capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia, idénticas funciones, el mismo grado de responsabilidad laboral, entre otros aspectos.”

Conforme lo anterior, hay que tener en cuenta que los alcances del citado principio no implican “per se”, una igualdad absoluta en materia salarial para los trabajadores, dado que lógicamente dentro del orden jurídico existen actividades de diversa complejidad que justifican un tratamiento diferencial en materia de remuneración. En este contexto, confluyen una serie de condiciones que posibilitan las aludidas disparidades, tales como la jornada laboral, el rendimiento y eficiencia, la naturaleza de las labores desempeñadas, la preparación académica, la antigüedad en la empresa, entre otras.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corporación, reiterada recientemente en la Sentencia SL3330-2022, ha enseñado que:

“...para que se pueda pregonarse en materia salarial y prestacional un trato diferente como no discriminatorio, es menester que el elemento diferenciador se encuentre sustentado en un aspecto legítimamente jurídico y equitativo. En esa medida, será arbitrario aquel tratamiento dispar, fundamentado en criterios de valoración subjetiva, como la etnia, el color de piel, el sexo, la religión, la posición política, con sujeción a lo preceptuado en el artículo 13 de la CP, así como en el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en empleo y ocupación (1958), aprobado en Colombia por la Ley 22 de 1967 y

ratificado el 4 de marzo de 1969, que marca los derroteros del principio de la igualdad en el ámbito laboral.

Lo anterior implica que, una vez se demuestre que un trabajador ejecutó labores idénticas a las de otro en las mismas condiciones de duración, rendimiento, eficiencia, entre otros, pero percibió una remuneración inferior, corresponde al empleador la carga de la prueba de acreditar que ese trato diferenciado en materia salarial tiene sustento en aspectos objetivos, equitativos y jurídicos, pues como lo indica la norma, de no hacerlo, éste se considerara discriminatorio.

Bajo ese entendido, como quiera que el caso de marras el supuesto fáctico para reclamar la nivelación salarial consiste en que el señor WILSON JR MANYOMA DÍAZ habría ocupado el mismo cargo del señor JAIRO HERNANDO RAMÍREZ DAZA, percibiendo una remuneración inferior a la de éste, al demandante le basta con demostrar los siguientes aspectos: a) Que cumplía con un trabajo y funciones iguales al del empleado referido; b) Que desempeñaba dicho trabajo en igual cargo que éste y; c) Que tenía igual jornada laboral y condiciones de eficiencia similares.

En el presente asunto, contrario a lo argüido por el recurrente, no existe un solo medio de prueba documental del cual se desprenda que el promotor de la acción y el señor JAIRO HERNANDO RAMÍREZ DAZA desempeñaron el mismo cargo y las mismas funciones en el departamento de foil doméstico. Por el contrario, lo que está demostrado e incluso fue aceptado por en el recurso de alzada, es que el referido trabajador fue quien entrenó y capacitó al actor para operar el Tablero B del Laminador, aspecto que fue expuesto de forma expresa por el señor Ramírez Daza al rendir testimonio dentro del proceso (Min. 1:24:26 – 1:50:16). Dicho testigo manifestó que tanto él como el demandante operaron el Tablero B, pero que cuando este último lo hacía, la empresa le pagaba la diferencia salarial correspondiente al 4º grupo, pues así estaba establecido en el Pacto Colectivo.

En efecto, se observa en el artículo 33 de los Pactos Colectivos 2006-2009, 2009-2013 y 2013-2017 (fs. 243-265, 266-287 y 288-301), que dentro de ALUMINA S.A. existen asignaciones temporales, esto es, que se le cancelará a un trabajador que se le designe temporalmente un cargo de categoría superior a la que ostenta, la diferencia salarial entre su cargo y el ejercicio temporalmente. Dice expresamente la cláusula en mención lo siguiente (f. 293):

La Empresa podrá designar temporalmente de acuerdo a sus necesidades y/o al desarrollo de su actividad industrial, un trabajador de un grupo inferior para desempeñar cargos de grupo superior.

Cuando un trabajador sea asignado para un cargo de mayor categoría a la suya, se le pagará por cada día completo de asignación, la diferencia entre su salario y el del oficio que reemplaza. La Empresa podrá asignar a un trabajador temporalmente a oficios de igual categoría al suyo, en cuyo caso no se afectará ni su salario ni su categoría.

Por su parte, el testigo JOSÉ ARJAIL MURILLAS TASCÓN (Min. 1:52:20 – 2:20:37), manifestó que en el Laminador trabajan tres personas, el líder que es el operario del Tablero A, el segundo al mando es el operario del Tablero B y por último está el ayudante de laminador. También sostuvo el deponente que el operario de Tablero B es que el suple temporalmente al operario del Tablero A, cuando por cualquier circunstancia éste no puede laborar, pues la maquina no se puede detener.

Al analizar en conjunto la declaración de los dos testigos, la Sala puede llegar a dos conclusiones; la primera, que a pesar de laborar en el mismo departamento de Foil e incluso en la misma máquina, en este caso, el Laminador, las responsabilidades de los trabajadores son diferentes, pues hay uno que es el líder y; la segunda, que dicho líder era el señor JAIRO HERNANDO RAMÍREZ DAZA, quien incluso capacitó al demandante para operar el Tablero B.

Ahora, observa la Sala que de conformidad con los pactos colectivos atrás referidos e incluso de acuerdo con la CCT 2016-2020 suscrita entre ALUMINÁ S.A. y la organización sindical SINTRAMETAL, la cual valga anotar fue aportada al proceso con su respectiva nota de depósito (fs. 317-336), dentro de la empresa demandada no existe un salario fijo y determinado para cada cargo, sino que lo que existen son categorías de cargos y rangos salariales, por ejemplo, el cargo de Operario de Maquinas de Foil Domestico, perteneciente a la categoría C, tiene un rango salarial de \$882.000 a 1.078.000, es decir, que de acuerdo a las funciones específicas y responsabilidades conforme lo anotado en precedencia, dos operarios del Departamento de Foil pueden devengar salarios diferentes dentro del rango establecido.

Téngase en cuenta que la diferencia salarial alegada en la demanda, la cual por demás no fue demostrada dentro del proceso, no tiene sustento en que se al trabajador invocado como referente se le esté reconociendo un salario por encima del rango salarial asignado al cargo y categoría, por ello,

atendiendo dicho rango, es plausible que existan diferencias en las remuneraciones.

Aunado a lo anterior, al absolver interrogatorio de parte, el demandante confesó que desde 6 de marzo de 2014 se encuentra incapacitado, aspecto que en efecto si incide de cara a la prosperidad de la pretensión principal de la demanda, pues si un presupuesto indispensable para que opere el principio de “a trabajo igual, salario igual” es que los trabajadores desarrollen las mismas funciones en condiciones de eficiencia similares, no podría alegar dicha circunstancia un trabajador que, para la fecha de presentación de la demanda, esto es, 11 de abril de 2016 (f. 1), llevaba más de dos años continuos de incapacidad. Menos en el caso de autos, donde se itera, no existe un salario determinado para un cargo, sino que existen rangos salariales, por lo que, si se reclama que se tiene el derecho a percibir el mismo salario que otro trabajador dentro de ese rango, ha de acreditarse que las tareas y responsabilidades asignadas son las mismas, aspecto que brilla por su ausencia en el presente asunto.

En ese sentido, contrario a lo que al parecer entiende el apoderado de la parte actora, lo que emerge en este caso no es que presuntamente el señor JAIRO HERNANDO RAMÍREZ DAZA, quien ingresó a la empresa, según su dicho, desde el año 1987, tiene una asignación salarial superior a la del señor JAIRO HERNANDO RAMÍREZ DAZA, quien se vinculó en el año 2002, simplemente por razón de la antigüedad, que bien podría configurarse como un factor objetivo para diferencias salariales, sino que, por esa circunstancia, el trabajador señalado como referente tiene un grado mayor de experiencia y, como lo reconoció el actor en su interrogatorio de parte, de pericia en el manejo de la máquina, pues incluso, se itera, capacitó al demandante en esa materia y era el líder de operarios en el Laminador, es decir, tenía un grado mayor de responsabilidad.

Así las cosas, la Sala no encuentra razones de hecho o de derecho que la lleven a variar la decisión que sobre ese ítem profirió la primera instancia, pues lo cierto es que, analizada la prueba en su conjunto como lo manda el artículo 60 C.P.T. y S.S., no se encuentran constituidos los requisitos para concluir en la procedencia de la nivelación salarial planteada desde la demanda.

Asimismo, respecto las primas de navidad y vacaciones que se reclaman

en los términos del Pacto Colectivo 2009-2013, hay que resaltar que dentro de su interrogatorio de parte, el actor reconoció que hasta 2013 fue adherente y beneficiario de los pactos colectivos que existían al interior de ALÚMINA S.A., pero que en dicho año se afilió a la organización sindical SINTRAALUMINA y, posteriormente, al sindicato SINTRAMETAL, siendo beneficiario de la convención colectiva que dicha organización suscribió con la empresa, con vigencia 2016-2020.

En ese sentido, lo reclamado por la parte demandante resulta abiertamente improcedente, pues; primero, pretende que se le liquiden las primas extralegales de navidad y antigüedad en la forma dispuesta en un pacto colectivo que no está vigente en la empresa y; segundo, una vez perdió vigencia el pacto colectivo 2009-2013, fue decisión del trabajador afiliarse a una organización sindical y beneficiarse de la convención colectiva, no siendo posible beneficiarse de ambos acuerdos colectivos al mismo tiempo.

Ahora, la CCT 2016-2020 celebrada entre ALÚMINA S.A. y SINTRAMETAL, también tiene consagrado en favor de los trabajadores beneficiarios del acuerdo colectivo, una prima de antigüedad y de navidad, en los siguientes términos:

CLÁUSULA VIGÉSIMA. PRIMA DE VACACIONES Y ANTIGÜEDAD. La Empresa reconocerá a los trabajadores beneficiarios de la presente Convención Colectiva, que a la expedición de la misma les falte cinco (5) años o menos para obtener la pensión de vejez, la prima de vacaciones por cada período anual de vacaciones, una prima en dinero pagadera al salir a disfrutarla o cuando se le compense en dinero, así:

Los trabajadores de nómina diaria que estén dentro del escalafón de Planta.

- Del primero al cuarto período de vacaciones: 32 días.
- Del quinto al noveno periodo de vacaciones: 34 días.
- Del décimo al decimocuarto periodo de vacaciones: 36 días.
- Del décimo quinto al décimo noveno periodo de vacaciones: 38 días.
- Del vigésimo al vigésimo cuarto periodo de vacaciones: 40 días.
- Del vigésimo quinto en adelante: 42 días.



CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA. PRIMA DE NAVIDAD. La Empresa reconocerá a los trabajadores beneficiarios de la presente Convención Colectiva que a la fecha de la expedición del mismo les falte 5 años o menos, para obtener la pensión de vejez, una prima de Navidad, así:

Trabajadores de Nómina Diaria que estén dentro del escalafón de Planta: 38 días de salario básico.

PARÁGRAFO 1°. Para Los demás trabajadores beneficiarios de la presente Convención Colectiva recibirán una prima de navidad equivalente a 15 días de salario básico.

Como se puede observar, la misma convención colectiva de la cual es

beneficiario el señor WILSON JR MANYOMA DÍAZ establece la antigüedad como un factor de diferenciación en relación con el número de días de salario a tener en cuenta para liquidar las aludidas primas extralegales, sin que en este asunto se hubiese acreditado que el actor esté inmerso en alguno de los supuestos de la norma convencional para que tales beneficios se le reconozcan a razón de 40 y 38 días, respectivamente.

En este punto, lo que emerge es que al interior de ALÚMINA S.A. coexiste un pacto colectivo y una convención colectiva de trabajo, por lo cual necesariamente debemos remitirnos al artículo 70 de la Ley 50 de 1990 que adicionó el Capítulo II del Título II Parte Tercera del C.S.T., a fin de establecer como una prohibición legal que: *“Cuando el sindicato o sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes.”*.

La razón de ser de la norma anteriormente citada estriba en la circunstancia de que cuando el sindicato tiene afiliados que superen más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, aun con posterioridad a su firma, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados, de conformidad con lo señalado por el artículo 471 C.S.T., lo cual se traduce en que la legislación laboral consagra una prelación de la convención colectiva sobre el pacto, con el propósito de fortalecer el derecho de asociación sindical y evitar así que los empleadores puedan, por intermedio de los pactos colectivos, establecer condiciones de trabajo más favorables que puedan minar la afiliación al sindicato mayoritario y que éste pierda sus garantías en calidad de tal.

Al respecto, se pronunció la H. Corte Constitucional dentro de la Sentencia SU342-1995, en los siguientes términos:

“6. Pacto colectivo y convención colectiva de trabajo.

El art. 481 del C.S.T., subrogado por la ley 50 de 1990 (art. 69) en punto a la celebración y efectos de los pactos colectivos establece lo siguiente:

“Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los títulos II y III, capítulo I, parte segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos”.

La anterior disposición, en cuanto permite que los pactos colectivos se rijan por las disposiciones de los Títulos II y III, Capítulo I, atinentes a la regulación del derecho colectivo del trabajo, en primer lugar, admite la celebración de

los referidos pactos como un mecanismo para la solución de los conflictos colectivos de trabajo y, en segundo lugar, hace una regulación común tanto para los pactos como para las convenciones colectivas.

Las circunstancias anotadas permiten a la Corte deducir las siguientes consecuencias:

a) Los pactos y las convenciones son instrumentos o mecanismos para la negociación colectiva, destinada a dar solución y a poner fin a los conflictos colectivos de trabajo y a precaver que éstos desemboquen en la huelga.

b) Los pactos y las convenciones colectivas tienen como finalidad "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". Es decir, que unos y otras tienen no sólo un carácter normativo sino un elemento obligatorio o aspecto obligacional, con los alcances que quedaron precisados en la aludida sentencia C-009 de 1994.

c) Los pactos y convenciones se rigen por normas jurídicas comunes.

d) La diferencia entre los pactos y las convenciones estriba en que aquéllos se celebran entre los patronos y los trabajadores no sindicalizados, mientras éstas se negocian "entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales por la otra".

e) El patrono goza de libertad para celebrar con los trabajadores no sindicalizados pactos colectivos, que pueden coexistir con convenciones colectivas de trabajo. No obstante, esta regla general tiene su excepción en el art. 70 de la ley 50 de 1990, que dice: "cuando el sindicato o sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes".

Dicha excepción encuentra su justificación en la circunstancia de que cuando en la convención colectiva sea parte de un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, aun con posterioridad a su firma, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados. (art. 471 C.S.T. subrogado art. 38 decreto ley 2351 de 1965). De esta manera la ley reconoce el derecho de la mayoría de los trabajadores, afiliados al sindicato, para regular a través de la convención las condiciones de trabajo en la empresa, admite la preeminencia de la organización sindical frente al resto de trabajadores no sindicalizados, y de la convención sobre el pacto, resultando en esta forma fortalecido el derecho de asociación sindical, pues evita que el patrono pueda a través de la celebración de pactos colectivos con la minoría de los trabajadores crear condiciones de trabajo más favorables que contribuyan a desestimular la afiliación al sindicato y lo conviertan en minoritario.

Pero, además, estima la Sala que la libertad patronal para celebrar pactos colectivos que coexistan con convenciones colectivas, cuando ello es permitido según las precisiones anteriores, igualmente se encuentra limitada por las normas constitucionales. En efecto, la sumisión de los patronos a la Constitución no sólo se origina y fundamenta en los arts. 1o., 4o, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido, sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales.

Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos,

valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.

Se afecta el derecho a la igualdad, cuando el pacto colectivo contiene cláusulas que crean condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados, diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, y las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto. Así mismo se viola el derecho a la asociación sindical, porque las aludidas diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los miembros del sindicato, con el resultado de que un sindicato que antes era mayoritario se puede tornar en minoritario con las consecuencias jurídicas que ello implica e incluso puede llegar a desaparecer. De esta manera el ejercicio omnímodo, absoluto y sin cortapisa de ninguna clase de la libertad patronal para celebrar pactos colectivos se traduce en violación de los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.”

Atendiendo los anteriores razonamientos, lo primero que se debe destacar es que no existe prueba en el plenario respecto que SINTRAMETAL agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de ALÚMINA S.A., razón por la que la demandada no está incurso en la prohibición establecida en el artículo 70 de la Ley 50 de 1990.

De otro lado, tampoco es posible predicar que ALÚMINA S.A. está utilizando la figura del pacto colectivo como herramienta para atentar contra el derecho de asociación sindical, pues, por el contrario, de acuerdo a lo aceptado por el actor al absolver interrogatorio de parte y lo dicho por los testigos aludidos en párrafos anteriores, al interior de la empresa siempre existieron pactos colectivos y sólo a partir de 2013, es decir, cuando desapareció el Pacto Colectivo 2009-2013, algunos trabajadores decidieron conformar la organización sindical denominada SINTRAALUMINA, con el fin de proteger sus empleos ante una crisis financiera anunciada por la empresa y con posterioridad crearon el sindicato SINTRAMETAL, con el cual se celebró la CCT 2016-2020, de la cual es beneficiario el aquí demandante.

Menos aún, se encuentra demostrado que el pacto colectivo que reemplazó el Pacto Colectivo 2009-2013 contenga beneficios superiores a los establecidos en la convención colectiva y, en ese sentido, no hay razón para considerar que ALÚMINA S.A. no reconoce al señor WILSON JR MANYOMA DÍAZ las primas en los montos que este pretende, por el hecho de que es sindicalizado.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de

primera instancia será confirmada en su integridad.

Sin Costas en esta instancia por conocerse el asunto en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

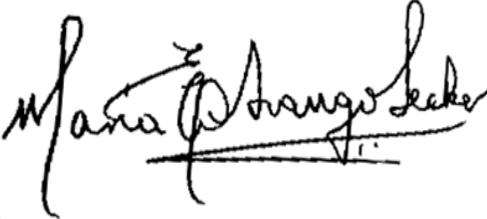
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 132 del 23 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-007-2022-00636-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de febrero 27 de 2023
ORIGEN: Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de primera afiliación
DECISIÓN: REVOCA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-007-2022-00636-01**.

SENTENCIA No. 229

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 17 de junio de 1994 a PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se ordene su afiliación al RPMPD para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte; se condene a PORVENIR S.A. al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la

¹ Fs. 2-14 Archivo 02 Expediente Digital

cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados; se condene a COLPENSIONES a que de manera inmediata acepte el ingreso al RPMPD sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle PORVENIR S.A. y, se condene en costas procesales a las demandadas. De forma subsidiaria solicita que se declare la ineficacia de la afiliación, con las mismas consecuencias jurídicas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de diciembre de 1958; que inició sus cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 1º de diciembre de 1983; que el 17 de junio de 1994 suscribió el formulario de afiliación ante PORVENIR S.A, en atención a la oferta presentada por dicho fondo, la cual se enfocó en resaltar algunas ventajas del régimen privado y los beneficios que tendría estar afiliado a dicha AFP, pues la información se limitó a ofrecer las bondades del RAIS, sin que se le realizara un estudio previo individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería afiliarse a este régimen, como tampoco se le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias, es decir, la AFP no cumplió con su deber de información y buen consejo, pues al momento de efectuar la afiliación no le suministró una información clara, suficiente y veraz respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría esta vinculación; que solicitó una proyección de su pensión y encontró que de haber permanecido en el RPMPD sería por valor de \$4.657.302, mientras que en el RAIS accedería a una mesada pensional de \$1.757.829, por lo que solicitó que se declarara la nulidad de su traslado, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que al momento en que se expidió la Ley 100 de 1993, el demandante tuvo la posibilidad de escoger cualquiera de los dos regímenes que fueron creados, resultando que, con la suscripción del formulario con la AFP PORVENIR S.A., tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse de AFP, entendiendo así, su deseo de acogerse al RAIS. Agregó, que es a la parte demandante a quien le corresponde demostrar

² Fs. 7-17 Archivo 09 Expediente Digital

que la información que recibió de la AFP fue errada. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, validez de la afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A.³. La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a la AFP no existe vicio en el consentimiento, ni causal de ineficacia, por lo que el acto jurídico de traslado es válido y legal. Además, la parte demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO** identificado con la **CC. No. 79.150.756** al fondo **PORVENIR SA**, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y por lo mismo siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos éstos últimos, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

³ Fs. 3-27 Archivo 06 Expediente Digital

discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen en la historia laboral del afiliado.

QUINTO: COSTAS a cargo de **PORVENIR SA**, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de **COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que el demandante se encontraba vinculada al Hospital Militar Central desde 1983 y hasta 17 de junio de 1997 cuando se presentó solicitud de vinculación con PORVENIR S.A., por lo que debía entenderse, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, que pertenecía al RPMPD. Agregó, que de acuerdo con la pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde que se implementó el sistema general de pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados de manera clara, precisa y oportuna, sin que dentro del proceso las AFP hayan cumplido con la carga de demostrar que informaron a la demandante respecto las características de cada uno de los regímenes pensionales y de las circunstancias particulares de su decisión, pues la firma del formulario era insuficiente para tener por satisfecho el deber de información, situación que abría paso a dejar sin efecto la afiliación al RAIS, junto con las consecuencias propias que dicha ineficacia acarrea, como lo era trasladar al RPMPD todo los valores recibidos con motivo de la afiliación.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que no está de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, pues quedó demostrado que lo que busca el demandante es un interés económico relativo al monto de la mesada que obtendría en el RAIS donde se encuentra afiliado hace más de veinte años, lo cual no debió prosperar, sino que el actor debió adelantar una acción de resarcimiento de perjuicios de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994. Agregó, que la declaratoria de ineficacia atenta contra la sostenibilidad financiera del RPMPD, además, que el interrogatorio de parte no puede ser la única prueba para acceder a los pedimentos de la demanda, como quiera que nadie está facultado para constituir su propia prueba.

PORVENIR S.A. apeló el fallo en lo que tiene que ver a la orden de devolver los gastos de administración, argumentando que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado no existe obligación de retornarlos, pues existen conceptos que por su naturaleza quedan por fuera de los efectos de la ineficacia, cuya consecuencia es la ficción jurídica de que la actora nunca estuvo afiliada al RAIS, por tanto, nunca se generaron los rendimientos, pero de llegar a considerarse que deben reintegrarse la totalidad de los rendimientos, debe autorizarse el descuento de los gastos de administración por ser un rubro que la AFP estaba autorizada a descontar, aunado a que los seguros previsionales ni siquiera se encuentran en las arcas de la entidad, pues fue oportunamente trasladado a la aseguradora, quien durante toda la vigencia de la afiliación del demandante aseguró el riesgo de invalidez, por tanto ese valor ya fue causada. Asimismo, que la indexación no procede, como quiera que se están trasladando los rendimientos. Por último, no proceden las costas, debido a que la AFP tenía animo conciliatoria y fue COLPENSIONES quien no quiso conciliar.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. PORVENIR S.A. reiteró los argumentos del recurso de apelación. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y ordenar su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, a

pesar de nunca haber estado afiliado a esa entidad, ni a una caja de previsión; **(ii)** si la imposición de pensionar a quien efectuó sus cotizaciones a otro fondo privado atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y afecta a COLPENSIONES; **(iii)** si debe absolver a PORVENIR S.A. de la condena a devolver los gastos de administración por efecto de las restituciones mutuas por haber generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y; **(iv)** si es procedente revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que el señor CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO estuvo al servicio del Ejército Nacional desde el 1° de diciembre de 1983 al 1° de junio de 1994 (fs. 95-100 Archivo 02 ED) y; **ii)** Que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A., el 17 de junio de 1997, haciéndose efectiva su vinculación a RAIS a partir de esa misma fecha (fs. 88 y 90 Archivo 06 ED).

Sea lo primero recordar que, la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la coexistencia de un sistema dual de pensiones obligatorias: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) – artículo 12 de la norma en cita –; pasando este último a ser gestionado por las AFP Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, que quedaron facultadas, entre otras, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, con el deber de brindar asesoría pensional a los usuarios de la seguridad social.

Por su parte, el Decreto 692 de 1994, estableció que se debía entender que los servidores que no estuvieran realizando aportes a una caja de previsión, deberían manifestar su voluntad de afiliarse a uno de los dos regímenes; y, a su vez el artículo 2° del Decreto 1068 de 1995, dispuso que el empleado del sector territorial debía efectuar la elección de uno de los dos regímenes.

De modo que, ante la coexistencia de dos regímenes pensionales, tanto los trabajadores como los servidores públicos tenían la facultad de elegir a cuál pertenecer, lo que debería obedecer a una decisión libre, voluntaria e informada por parte de los afiliados.

Ahora, es menester recordar que el tema que concita nuestra atención, ello es el análisis de una afiliación en la cual presuntamente se hubiere transgredido el deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resultaría equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en las sentencias SL 5144 de 2019 y SL 1055 de 2022. Ergo, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia de la afiliación, como lo señaló la Sala de Casación Laboral en relación con las ineficacias de traslado, esto es, que el desconocimiento en el deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde su nulidad, pues resulta equivocado exigirle al usuario de la seguridad social la acreditación de los vicios del consentimiento, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Siguiendo este hilo conductor, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*». Información que hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el usuario pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, en un lenguaje comprensible para éstos.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer a su futuro pensional.

Por su parte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estatuye que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor les convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones; es así como el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales **que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección** de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, **sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación**.

En efecto, así se lee en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[...]

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

[...]

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; ...” (aparte exequible CC, C 1024 de 2004, con la salvedad de la C 789 de 2002 para los beneficiarios del régimen de transición, que son habilitados para regresar en cualquier tiempo).

Ergo, la libre voluntad de selección debidamente informada de régimen pensional es y fue desde siempre de la esencia del acto de afiliación, y ello encuentra respaldo tanto normativo como jurisprudencial, aun cuando ese deber de información que recae sobre las administradoras de fondos pensionales evolucionó en el tiempo, desde la Ley 100 de 1993, pasando por

el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014. Es así como, el inicial deber de información veraz, clara y necesaria a cargo de los fondos desde su creación, mutó al de asesoría y buen consejo y luego al de doble asesoría. (SL 1688 de 2019 y SL 2289 de 2022). Para ver la evolución del deber de información a cargo de las AFP puede consultarse la SL 1452 del 3 de abril de 2019 con ponencia de la Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Lo anterior se vino desarrollando, inicialmente en los juzgados del país, a medida que las personas que se trasladaron del sistema pensional administrado por el fondo público al administrado por los fondos privados, les fue llegando el momento de disfrutar de su pensión y se fueron percatando de las grandes diferencias económicas de sus mesadas en uno y otro régimen, circunstancias que no sólo desconocían sino que ni siquiera alcanzaron a vislumbrar, pues atenta contra toda lógica creer que alguien de manera informada y libre prefiera y se decida por un futuro económico inferior, trasladándose voluntariamente en perjuicio de sus condiciones futuras.

A su vez, y con fundamento en el principio de la carga dinámica de la prueba, la Sala de Casación Laboral, precisó que la prueba de demostrar la existencia del consentimiento informado debe recaer en las administradoras de fondos pensionales; invirtiéndose así la carga de la prueba, sin que sea dable exigir al afiliado, que se encuentra en una posición de desventaja, complicada, sino imposible, frente al esclarecimiento de haberse brindado la debida información al futuro afiliado. Destaca la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es un despropósito, obligar al afiliado a probar la existencia del consentimiento informado para la afiliación, pues en virtud de una regla de justicia, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible* – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. Ello, en la medida que: (i) la omisión en torno al deber de información tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G.P. y sólo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, porque la custodia de la documentación así como la obligación legal de brindar información se

encuentra en cabeza del fondo, conforme lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Si bien lo referente a la ineficacia de traslados ha venido evolucionando a nivel jurisprudencial, ya desde la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se encontraba regulado el tema de la afiliación, selección y vinculación a alguno de los dos regímenes pensionales creados al entrar en vigencia el nuevo régimen general de seguridad social, veamos:

Se permite esta Sala transcribir dos artículos de la Ley 100 de 1993, así:

“ARTÍCULO 271. Sanciones para el Empleador. *El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. **La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...*** (Resalta la Sala).

ARTÍCULO 272. Aplicación Preferencial. *El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia.”* (Destaca el Tribunal).

Por su parte, en el Decreto 692 de 1994, se dispuso lo siguiente:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado.*

*Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la **vinculación** o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

El artículo 12 regula la confirmación de la vinculación.

Artículo 13. Permanencia de la afiliación. *La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.*

Artículo 14. Efectos de la afiliación. *La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario.*

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la administradora que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la pensión o prestación correspondiente.

Artículo 15. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.*

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. La expedición de los bonos se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 del presente Decreto y la reglamentación que al efecto se expida en uso de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993;

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.”

Corolario de lo anterior, los actos de la afiliación y de traslado de régimen pensional siempre debieron estar precedidos de una información veraz y comprensible, independientemente de que el referido deber de información fuere haciéndose cada vez más exigente, y ello es así puesto que, la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Se itera que, desde la creación misma de las AFP, es diáfana la existencia del deber de información, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir de manera libre y voluntaria entre los dos regímenes, y al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática al indicar que para que el usuario de la seguridad social pueda escoger, debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos acarrea la elección de uno u otro régimen, siendo necesario que las administradoras de fondos de pensiones proporcionen información suficiente, clara y veraz, pues sólo así se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea; ello en concordancia con lo preceptuado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, (modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003), que regula el deber de información a los usuarios, so pena de

incurrir en las sanciones de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el demandante pretende se declare que estuvo afiliada al RPMPD, además que se declare que su traslado al RAIS es ineficaz y, como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, con el consecuente traslado de todas las sumas y conceptos causados y cobrados durante su tiempo de permanencia en el régimen privado. Sin embargo, debe anunciar la Sala que las pretensiones de la demanda están destinadas al fracaso lo que hace indefectible la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en razón a que el promotor de la acción nunca estuvo afiliado al RPMPD, siendo su vinculación inicial al SGSSP a través de PORVENIR S.A. administradora del RAIS, el 17 de junio de 1994, pues, contrario a su dicho, durante el tiempo de servicio al Ejército Nacional no estuvo vinculado a ninguna caja de previsión del RPMPD, sino que se encontraba vinculado al régimen especial y exceptuado del ejército.

En ese sentido, si bien no existe un solo elemento de juicio en el plenario con el que se acredite que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información en los términos explicados en líneas que anteceden, en el caso de autos, la consecuencia de esa omisión no puede ser que se declare la ineficacia de esa afiliación y se ordene el traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, como quiera que se trata de quien nunca ha efectuado cotizaciones a ese fondo, ni antes, ni después de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Por tanto, como ya se dijo, el demandante al vincularse al SGSSP hizo su selección inicial al RAIS, por ello, en este caso no puede hablarse de ineficacia de traslado (pues nadie puede regresar donde no ha estado), sino de “*ineficacia de afiliación*”.

Entiende la Sala que la pretensión es imposible de cumplir, por la potísima razón que no se puede “*devolver a alguien donde nunca estuvo*”, además que ello atenta contra la lógica y todas las reglas de la responsabilidad civil. Si quien se afilió por primera vez al RAIS no fue debidamente informado, y ello le ocasionó perjuicios, puede eventualmente ser resarcido por ese fondo privado, pero no ser pensionado por

COLPENSIONES. La consecuencia de la falta al deber de informar no puede ser "*devolver*" a alguien a "*donde nunca estuvo*". La consecuencia de los perjuicios de la primera afiliación fundada en la transgresión del deber de información debe abordarse desde la indemnización de perjuicios propia de la responsabilidad civil por el hecho propio y no como si se tratase de un traslado ineficaz por falta al deber de información.

En ese orden de ideas, habiendo seleccionado por primera vez el RAIS, administrado por PORVENIR S.A., el acto jurídico del traslado debió ceñirse a los tiempos contemplados en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de 3 años y luego, en vigencia de la Ley 797 de 2003, de 5 años, sin que en todo caso, le falten 10 años para pensionarse, en el caso del demandante antes de llegar a los 52 años de edad, en cuyo caso el traslado le sería negado, como efectivamente sucedió en el sub examine.

De modo que, y en conclusión, en el caso que nos ocupa no es posible declarar la ineficacia de la primera afiliación, ni menos aún la ineficacia de un traslado que nunca existió, como consecuencia de no haber recibido el demandante la información acorde con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, pues esa pérdida de validez y eficacia de la primera afiliación, en tanto conlleva su regresión al estado anterior, implicaría -al volver las cosas a su estado inicial- que ese capital con todos sus rendimientos y gastos ya de la cuenta individual ora de administración, se trasladarían al propio cotizante o a su empleador, el Ejército Nacional, pues no existió vinculación, ni cotización anterior.

Por lo cual no es dable que la transgresión al deber de informar tenga las mismas consecuencias jurídicas de la ineficacia de traslado en tratándose de la primera afiliación.

A conclusiones similares arribó tanto la Sala Cuarta de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la SL1806 del 31 de mayo de 2022, radicación 88669, con ponencia del Dr. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA; como la Sala de Casación Laboral al resolver otro caso similar, pero en sede de tutela, esta vez en la STL 9388 del 13 de julio de 2022, radicación n.º67290, MP Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

Se lee, en algunos apartes de la SL 1806 de 2022:

“Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

(...) Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”.

Corolario de lo anterior, se tiene que el accionante perdería su calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 podría efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en COLPENSIONES, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad cuenta 64 años de edad, toda vez que

nació el 16 de diciembre de 1958, y nunca estuvo afiliado al otrora ISS hoy COLPENSIONES.

Y es por todo lo expuesto que la Sala debe revocar la sentencia de primera instancia, debiéndose en un futuro orientar quienes se consideren lesionados por la transgresión al deber de información por el fondo pensional al que hicieron su primera afiliación a buscar otra forma de ser resarcidos, pues como quedo dicho, ello no se resuelve declarando su ineficacia, que al volver las cosas al estado inicial, como si dicha afiliación no hubiere existido, implicaría la devolución tanto de la cuenta individual como de los gastos ora al mismo demandante ora a su empleador, lo que atenta contra el derecho pensional que se trata de proteger.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala queda relevada de pronunciarse frente a los restantes problemas jurídicos planteados, ante la revocatoria integra de la sentencia.

Las Costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$100.000 para cada una de las entidades demandadas.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

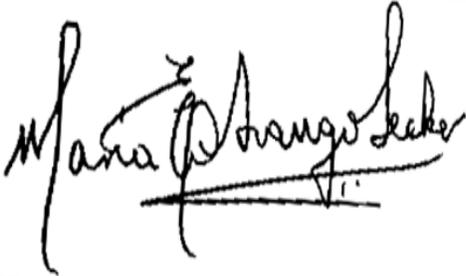
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **ABSOLVER** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$100.000 para cada una de las entidades demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ
DEMANDADO: SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-007-2018-00158-01
ASUNTO: Apelación sentencia de 19 de noviembre de 2019
ORIGEN: Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMAS: Estabilidad laboral reforzada - Nulidad acta terminación contrato de trabajo por mutuo acuerdo - Vicios del consentimiento
DECISIÓN: CONFIRMAR

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la Sentencia No. 457 del 19 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ** contra CITIBANK COLOMBIA S.A. hoy **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-007-2018-00158-01**.

SENTENCIA No. 228

DEMANDA¹. Pretende principalmente la promotora de la acción que se declare la nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción celebrada el 31 de enero de 2017 por errores del vicio del consentimiento y por no solicitar la autorización al Ministerio del Trabajo; que se declare que se encontraba en estado de debilidad manifiesta y; en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba, sin solución de continuidad, con el pago de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales dejadas de percibir desde el 31 de enero de 2017 hasta que se haga efectivo el reintegro, más las costas del proceso. Subsidiariamente, pretende se

¹ Fs. 3-13

condene a la demandada al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; se declare que para todos los efectos legales y prestacionales, los factores salariales para el cómputo de los derechos laborales era el promedio de lo devengado en el último año de servicios y; en consecuencia, se ordene el pago de las prestaciones sociales legales y extralegales con dichos factores salariales; se condene al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. y; los perjuicios morales por la terminación del contrato de trabajo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que mantuvo una relación laboral con CITIBANK COLOMBIA S.A. hoy SCOTIABANK COLPATRIA S.A., del 12 de enero de 2006 al 31 de enero de 2017, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de subgerente de ventas, con un salario promedio en el último año por valor de \$5.142.417; que ha estado en tratamiento por tener cáncer de mama desde el 25 de febrero de 2010 y entre esa fecha y marzo de 2015, estuvo incapacitada por 204 días; que el 31 de enero de 2017, la demandada decidió elaborar un acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción, que le obligaron a firmar sin darle tiempo si quiera de hacer una llamada, sin que pudiera pensar en los pro y los contras, por lo que dicha acta es ilegal por carecer de autorización del Ministerio del Trabajo para poder terminar el contrato de trabajo por vulnerar su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SCOTIABANK COLPATRIA S.A.². La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso que las partes de común acuerdo dieron por terminada la relación laboral mediante la suscripción de un acta que la demandante firmó de manera libre, voluntaria e informada, como consecuencia de un plan de retiro voluntario que se le ofreció a varios trabajadores dentro de un proceso de optimización de la estructura organizacional del banco, por lo que lo manifestado en la demanda son meras apreciaciones subjetivas carentes de respaldo. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe de la demandante, prescripción, pago, enriquecimiento sin causa de la demandante, compensación y la genérica.

² Fs. 281-299

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 457 del 19 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto las pretensiones de nulidad del acta de conciliación por vicios del consentimiento y pago de perjuicios morales y probada la de cosa juzgada frente a la pretensión de reliquidación de factores salariales y prestacionales del último año de servicios; absolvió a CITIBANK COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones de la demanda y; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, que la demandante no probó que haya sido forzada o inducida en error por la demandada en la suscripción del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por lo que no probó ninguno de los vicios del consentimiento, ya que ninguno de los testigos traídos al proceso estuvo presente o le constan las circunstancias en las cuales las partes suscribieron dicho documento, de ahí que no estaba acreditado que la actora fuese sometida a presión o amenazas de tal naturaleza que la forzaran a suscribir el referido acuerdo, como quiera que no se trata de una persona iletrada susceptible de manipulación, de ahí que no era posible declarar la nulidad del acta y, por ello, no procedía el reintegro pretendido, como tampoco la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni los perjuicios morales, ya que la estabilidad laboral reforzada sólo es posible reclamarla cuando se está frente a un despido o terminación unilateral del contrato por parte del empleador, lo que no ocurrió en este caso. Agregó, que tampoco procedía la reliquidación por factores salariales del último año de servicios, pues los mismos se encontraban inmersos en la transacción celebrada por las partes, la cual no vulneró derechos ciertos e indiscutibles de la demandante.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada argumentó que el juzgado no tuvo en cuenta en las consideraciones que estamos frente a una trabajadora que en su momento tenía una condición especial por estar diagnosticada hace nueve años con cáncer de mama, pues simplemente se limitó a analizar los vicios del consentimiento de la terminación del contrato de trabajo, sin tener en cuenta que, para la época de la ruptura del vínculo laboral, la actora se encontraba en tratamiento y

tenía pendiente una cirugía, la cual había sido programada para diciembre de 2016, pero que no se pudo efectuar por tener bajas las defensas, y la terminación del contrato se dio cuando ya estaba reprogramada para febrero de 2017, de lo cual tenía conocimiento la entidad bancaria, pero pasó por alto en su proceso de reestructuración la especial condición de la demandante. Agregó, que a la accionante sólo se le puso de presente la determinación de terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo el mismo día, por ello se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional ha indicado que la terminación del contrato de trabajo de una persona en estado de debilidad manifiesta requiere la autorización del Ministerio del Trabajo, aun cuando se realice de mutuo acuerdo. Además, que al proceso se aportó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde a la demandante le asignaron un 39% de PCL, junto con todo su historial clínico.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual transcurrió en silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centra a resolver: Si es procedente declarar la nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción suscrita el 31 de enero de 2017 y, en consecuencia, si procede ordenar el reintegro de la demandante al mismo cargo con el pago de los salarios y prestaciones sociales generados desde la fecha de finalización del contrato de trabajo hasta la fecha efectiva del reintegro.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que es supuesto fáctico indiscutido dentro del presente asunto que entre la señora MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ y CITIBANK COLOMBIA S.A. hoy SCOTIABANK COLPATRIA S.A. existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 12 de enero de 2006 al 31 de enero de 2017, fecha en que las partes suscribieron un documento denominado “*ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO Y TRANSACCIÓN*” (fs. 14-15).

Ahora, la parte demandante sostiene que se debe declarar la nulidad de la referida acta por existir “*...errores del vicio del consentimiento y por no solicitar la debida autorización ante el Ministerio del Trabajo.*” (f. 8), como quiera que gozaba de estabilidad laboral reforzada y se encontraba en estado de debilidad manifiesta por padecer de cáncer de mama diagnosticado desde hace varios años atrás.

En relación con la estabilidad laboral que aduce la parte actora, hay que señalar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, delimita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario la terminación no produce ningún efecto.

Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, al manifestar que el ámbito laboral constituye un objetivo específico para el cumplimiento de los propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas; de ahí que el elemento prioritario de dicha protección lo constituya la ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso a bienes y servicios para su subsistencia y la de su familia, y en la parte resolutive de la sentencia dispuso que, “*...carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.*”

La aplicación de la protección, sin embargo, supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el principio de buena fe, una de las cuales es que el empleador conozca o deba conocer el estado de discapacidad del trabajador en el momento de terminar la relación de trabajo, pues si la

ignora no puede alegarse que se violó el citado fuero o que se vulneró la protección laboral reforzada, por cuanto no puede perderse de vista que una de las exigencias normativas establecidas en el citado artículo 26 es que la terminación del contrato se produzca por razón de la limitación, lo que presupone el conocimiento previo por parte del empleador, así como el reconocimiento de la deficiencia física y/o mental alegada.

Al respecto, se observa que el artículo 1° del Convenio 159 de la OIT, citado en el fallo de la Corte Constitucional ya referido, estatuye: *“A los efectos del presente Convenio, se entiende por “persona inválida” toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”*

Dentro del ordenamiento jurídico interno, el artículo 2° de la Ley 1618 de 2013 define a las personas con y/o en situación de discapacidad como, *“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Ahora, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de antaño, han desarrollado los presupuestos tendientes a establecer si un trabajador se ubica dentro de la estabilidad laboral reforzada a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al respecto, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un principio señalaba que no es cualquier limitación o discapacidad la que es objeto de protección por parte de la Ley 361 de 1997, sino que solo son sujetos de estabilidad laboral reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15 %, es decir, limitaciones moderadas, severas y profundas de conformidad con el artículo 5° de la Ley antes señalada. Sin embargo, dicha tesis ha sido recientemente revaluada por la Corporación a través de la sentencia SL1152 del 10 de mayo de 2023, MP: Dra. Marjorie Zúñiga Romero, en el entendido que dicho porcentaje mínimo de limitación sólo es exigible en los casos anteriores al 10 de junio de 2011, fecha en la que entró a regir en Colombia la *«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»*, pues consideró la alta Corporación que:

“...la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestaciones.” Por tanto, indicó la Corte que lo determinante para establecer si una persona es objeto de estabilidad laboral reforzada, son tres aspectos a saber:

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

“(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

“(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.”

También ha dicho esa Corporación que la autorización del Ministerio del Trabajo se impone cuando la discapacidad del trabajador sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio, caso en el cual el funcionario del ente Ministerial debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas (CSJ SL1360-2018).

Asimismo, ha adoctrinado la Sala Laboral que el estado de discapacidad o limitación del trabajador se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el empleado, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, y esté precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, su grave estado de salud o la severidad de la lesión que inciden en la realización de su trabajo (CSJ SL1735-2021).

Finalmente, la jurisprudencia reiterada recientemente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha adoctrinado que si en el juicio el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar una justa causa de despido o una razón objetiva para terminar el contrato de trabajo, pues el empleador para acudir al despido unilateral y sin justa causa tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, debe contar

con la autorización del Ministerio del Trabajo de acuerdo con los presupuestos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL535-2023)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-519 de 2003, consideró que no es suficiente la presencia de una discapacidad en el trabajador que el empleador decide desvincular, sino que para que prospere la protección de la estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que la desvinculación laboral se debió a la condición particular del trabajador, es decir, debe estar plenamente demostrado el nexo causal entre la discapacidad o condición de debilidad manifiesta del trabajador y la desvinculación laboral.

Posteriormente, a través de la sentencia SU-049 de 2017, señaló la Corte que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable frente a quienes han sido desvinculados sin autorización de la Oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Señala textualmente la providencia en mención, *“Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho.”*

Conforme el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia han realizado la Corte Constitucional y la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, es dable colegir que no es cualquier afectación a la salud del trabajador la que lo ubica en un estado de debilidad manifiesta y, por tanto,

beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, sino que dicha estabilidad es pregonable cuando la patología que padece es notoria, evidente y perceptible y, además, le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares. Y si bien la Sala de Casación Laboral había dispuesto que la limitación del trabajador debe ser superior al 15 %, es decir, al menos moderada, también ha reconocido que para acreditarse tal aspecto no es necesario un dictamen de calificación, sino que el mismo puede probarse con otros elementos de juicio.

En esos términos, tenemos que son cuatro los presupuestos para que un trabajador goce de la estabilidad laboral reforzada dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997: **I)** debe padecer una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo; **II)** dicha limitación de salud debe ser notoria, evidente y perceptible y, además, impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares; **III)** el empleador debe conocer el estado de salud del trabajador y; **IV)** la terminación del contrato de trabajo debe darse con ocasión y causa de esa limitación a la salud, es decir, debe existir nexo causal entre la afectación de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, sin perjuicio que, demostrada la situación de discapacidad del trabajador, se presuma que la terminación del contrato tuvo génesis en esa circunstancia.

De acuerdo con lo explicado en precedencia, se tiene que resulta ser un presupuesto indispensable para predicar la estabilidad laboral reforzada, que la extinción del vínculo laboral provenga de una decisión unilateral del empleador, por ello, tal protección, no opera para los casos de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, a no ser que se alegue y demuestre algún vicio en el consentimiento del trabajador, pues como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral, una situación distinta se presenta cuando en el asunto se acredita que el acuerdo para la terminación del contrato de trabajo no fue válido, pues, en ese caso, *“la terminación se tornaría sin justa causa.”* (CSJ SL3144-2021).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, de acuerdo con la historia clínica aportada con la demanda, la señora MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ fue diagnosticada con tumor maligno de la mama, parte no especificada, por lo cual fue intervenida quirúrgicamente y recibió sesiones de quimioterapia y, además, que el 25 de febrero de 2017 fue intervenida

quirúrgicamente por un diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio (fs. 65-270).

No obstante, debe señalar este Cuerpo Colegiado que no por ese sólo hecho debe considerarse que la promotora de la acción se encontraba en un estado de debilidad manifiesta para el 31 de enero de 2017, fecha en que suscribió el “*ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO Y TRANSACCIÓN*” y, mucho menos, que gozaba de estabilidad laboral reforzada, como quiera que su diagnóstico de cáncer de mama data de poco menos de siete años antes de esa calenda y para la misma no se encontraba incapacitada, como tampoco era objeto de recomendaciones o restricciones laborales por dicho padecimiento de salud, ni por su diagnóstico de síndrome del manguito rotatorio.

Téngase en cuenta, que conforme los presupuestos normativos y jurisprudenciales referidos en líneas precedentes, la estabilidad laboral reforzada no opera automáticamente porque el trabajador tenga una patología y que el empleador conozca de ésta, sino que, además de ello, resulta un presupuesto sine qua non para gozar del denominado fuero de salud, que la enfermedad que padece el trabajador sea notoria, evidente y perceptible y, además, de impedirle o dificultarle sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones regulares, presupuesto que no se configura en el caso bajo estudio, aspecto que por sí sólo echa al traste lo pretendido por la recurrente.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que se demostró que las patologías de la demandante le impedían o dificultaban sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, lo cual no es así, ha de indicarse que ello tampoco es una circunstancia por la cual deba invalidarse el acuerdo celebrado entre las partes, como quiera que tampoco se acreditó en juicio que en dicho acto medio alguno de los vicios del consentimiento señalados en el artículo 1508 del Código Civil, como son: Error, fuerza o dolo.

Por su parte, el artículo 1513 del Código Civil reza:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.”

No cumplió la parte demandante con la carga probatoria de demostrar que en su consentimiento medió el error y la fuerza alegados en la demanda, como quiera que ninguno de los testigos que compareció al proceso fue testigo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que la señora MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ suscribió la referida acta, por lo que los dichos de la demanda quedaron huérfanos de medios de convicción en los cuales soportarse.

Por el contrario, en el “ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO Y TRANSACCIÓN” se detallan las condiciones de la terminación del contrato de trabajo en los siguientes términos:

ACTA DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO Y TRANSACCIÓN

Entre los suscritos MAYRA RICO SANDOVAL identificada con la cédula de ciudadanía No 60.386.123, quien obra en nombre y representación para asuntos laborales de CITIBANK S.A. en su calidad de EMPLEADOR, y MÓNICA BIBIANA GONZÁLEZ MUÑOZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66751973 quien obra en su propio nombre, en calidad de TRABAJADOR, por medio de la presente acta declaran que:

1. Las partes, en pleno uso de sus facultades y de manera libre y espontánea, por MUTUO ACUERDO han decidido dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido que los unió desde el día 2006-01-12, terminación que las partes acuerdan se hará efectiva de manera pura y simple a partir de la finalización de la jornada laboral del día 31 de enero de 2017 de conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 1 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo (Subrogado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990).

Esta terminación por mutuo acuerdo es irrevocable, no produce ningún tipo de sanción o indemnización derivada de la forma de terminación del contrato y no se condiciona a la firma del acuerdo conciliatorio que se enuncia en el siguiente numeral. Por lo anterior se deja constancia que el contrato de trabajo que vinculó a la partes finaliza el 31 de enero de 2017, por mutuo acuerdo.

2. Por lo anterior, y de manera independiente y autónoma, CITIBANK S.A., por mera liberalidad ha decidido conceder al trabajador la cifra de \$49.716.648 pesos m/cte que se reconocerá a título de suma conciliatoria por retiro por una única vez y para transigir y conciliar cualquier diferencia laboral derivada del contrato de trabajo existente entre las partes. La suma anterior no constituye salario, ni factor salarial o prestacional para ningún efecto legal en los términos de las normas vigentes y está sujeta a los descuentos de Ley y los autorizados por EL EXTRABAJADOR. A dicha suma adicionalmente, será imputable cualquier acreencia, derecho o diferencia que se haga exigible en el futuro y que no haya sido previsto en este acuerdo, y es imputable y compensable a cualquier diferencia sobre derechos de origen incierto y discutible derivada de la relación contractual.

No demostró la promotora de la acción que al suscribir el acta en mención, no estuviera en pleno uso de sus facultades, pues téngase en cuenta que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019, la capacidad legal de las personas con discapacidad se presume, es decir, que el hecho de que la demandante le hubiese sido dictaminado un 37,99 % de PCL, no se traduce en que no tuviera la capacidad para celebrar esa clase de actos, aclarando igualmente que la fecha de estructuración es de 11 de julio de 2017, es decir, con posterioridad a la finalización del vínculo laboral entre las partes (fs. 45-47).

Tampoco acreditó la parte actora dentro del proceso que las patologías que le fueron diagnosticadas le generaron dificultades de raciocinio, le produjeron alteraciones de su estado mental, le afectaron sus procesos cognitivos o le ocasionaban impedimentos para comprender la realidad,

ninguna de esas situaciones se encuentra registrada en el historial clínico referido en líneas que anteceden.

Menos aún podría considerarse que por haber propuesto la entidad empleadora una suma dineraria a la entonces trabajadora, se ve afectado el consentimiento de esta última en la celebración del acto para terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, pues la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que los empleadores se encuentran legitimados para promover planes de retiro compensados, incluso en medio de procesos de reestructuración, y a los trabajadores para que de manera libre y voluntaria acepten o no o también para que propongan nuevas fórmulas de negociación. Así lo reiteró en la Sentencia SL2887-2020 en la que rememoró la SL2950-2015, en los siguientes términos:

“Al respecto, la sentencia CSJ SL2950-2015 consagró lo siguiente:

c) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo.”

La misma Corporación dentro de la Sentencia SL1152-2023, citada en líneas que anteceden, también aborda el tema de la validez de las actas de terminación por mutuo acuerdo de la siguiente manera:

“Pues bien, una vez verificado el contenido de tales instrumentos, la Corte no evidencia equivocación alguna del Tribunal respecto de su valoración, dado que no aportan elementos de juicio distintos a los ya concluidos, pues en esencia, lo que se extrae de aquellos es, precisamente, que la demandante decidió renunciar para dedicarse enteramente a su estado de salud y, producto de ello, las partes acordaron suscribir un «acta de finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo» en el que convinieron su formalización en una audiencia pública de conciliación sujeta a la respectiva aprobación de un juez laboral, última que según lo visto no se llevó a cabo.

Ciertamente, de la lectura atenta de lo que se denominó «acta de finalización del contrato de trabajo por mutuo acuerdo», se infiere que las partes manifestaron expresamente su voluntad de terminar el contrato de trabajo de manera consensuada ante la renuncia voluntaria que la actora aportó que, incluso, se aceptó en el acta. Igualmente, la trabajadora declaró que actuó libre de cualquier apremio o presión y manifestó sujetarse a los términos del arreglo.”

Es decir, se destaca el hecho de que las personas con discapacidad, como ya se anotó, gozan como todas las demás personas de capacidad para conciliar sus derechos laborales y que no se puede considerar irrenunciable su estabilidad laboral reforzada, pues como lo ha dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en la providencia ya referida:

*“De ese modo, se tiene que es precisamente, en garantía de tal escenario, el de la capacidad que tienen todas las personas para disfrutar de sus derechos, facultades o prerrogativas, **que no es posible considerar irrenunciable el derecho a la estabilidad laboral reforzada**, toda vez que ello se traduciría en un paternalismo del Estado que les impondría barreras que el resto de la sociedad no tiene, dado que mientras que cualquier trabajador puede pactar un acuerdo con su empleador para dar por terminada la relación laboral, aquellos con discapacidad tendrían vedado renunciar a su labor con alguna clase de beneficio adicional, como podría eventualmente hacerlo cualquier otro trabajador al terminar el contrato por mutuo acuerdo.”*

La Corte llega a tal conclusión al advertir que no existe justificación que impida a las personas con discapacidad acordar o ejercer la disposición de sus derechos, pues sin desconocer que estos están protegidos por la Constitución e incluso, por tratados y normas de carácter internacional, la voluntad que emerge es la misma de la que gozan todos los trabajadores para acordar, conciliar o transigir, esto es, la auto determinación, entendida como el derecho de toda persona para ejercer sus derechos y obligaciones.

A la luz de las anteriores probanzas y pautas jurisprudenciales, lo que emerge en el presente asunto es que la terminación del contrato de trabajo se dio como un acuerdo de voluntad entre las partes contratantes, lo cual se plasmó en un acta de terminación por mutuo acuerdo, con lo que queda desvirtuado que la terminación del contrato hubiere sido con motivo de la salud de la accionante, pues, por el contrario se acudió a una de las formas legales de terminación del contrato contenida en el artículo 61 del C.S.T., subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 5, numeral 1, literal b como es el mutuo acuerdo.

Así las cosas, indefectiblemente la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

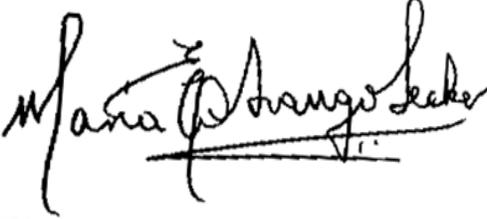
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 457 del 19 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: JAIRO MAYA ISAZA
DEMANDADOS: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76001-31-05-006-2018-00018-01
ASUNTO: Apelación sentencia de agosto 20 de 2019
ORIGEN: Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Reliquidación pensión de vejez
DECISIÓN: Confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia No. 266 del 20 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **JAIRO MAYA ISAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-006-2018-00018-01**.

SENTENCIA No. 227

DEMANDA¹. Pretende el promotor de la acción se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida a través de Resolución No. 014974 del 28 de agosto de 2006, teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, con fecha de corte 31 de diciembre de 1998, con un total de 1514,57 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90% conforme el Decreto 758 de 1990; como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a pagar las diferencias pensionales a partir del 8 de enero de 2006; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; la indexación y; las costas procesales.

¹ Fs. 35-42

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de enero de 1946; que es beneficiario del régimen de transición; que el 2 de noviembre de 2000, cuando tenía 1514,57 semanas cotizadas, y 54 años de edad, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada por el extinto ISS mediante resolución del 31 de octubre de 2001 porque no se encontraba desempeñando una actividad de alto riesgo y que los funcionarios de la AFP le indicaron que debía seguir cotizando; que el 19 de mayo de 2006 solicitó nuevamente la pensión de vejez, que le fue concedida a través de resolución del 28 de agosto de 2006 en cuantía de \$956.340, a partir del 8 de enero de 2006, con base en un IBL de \$1.210.251, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 79,02% conforme la Ley 100 de 1993; que la pensión le fue reajustada mediante resolución del 16 de junio de 2009, a la suma de \$959.086 a partir del 8 de enero de 2006; que el 2 de agosto de 2017 solicitó la reliquidación de su pensión conforme al régimen de transición, a lo cual accedió COLPENSIONES mediante resolución del 12 de septiembre de 2017, en la que reajustó la mesada a la suma de \$1.413.529, a partir del 2 de agosto de 2014, con base en un IBL de \$1.570.588 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 90%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES². La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, expuso que al demandante ya le fue reajustada su pensión de vejez mediante Resolución SUB 192063 del 12 de septiembre de 2017, en la cual se le reconocieron las respectivas diferencias pensionales, por lo que no hay lugar a una nueva reliquidación. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 266 del 20 de agosto de 2019, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, que no era procedente reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta

² Fs. 63-69

únicamente los aportes realizados hasta el 31 de diciembre de 1998, debido a que, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, para la liquidación de la pensión debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada y no obra prueba en el expediente que funcionarios del ISS le hubieran manifestado al actor que debía seguir cotizando, aunado a que el actor cumplió la edad pensional en enero de 2006, mientras que su última cotización data de septiembre de 2003.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia y, como sustento de la alzada, argumentó que el actor es derecho de la reliquidación pensional en los términos solicitados en el libelo de la demanda, en el sentido de aplicar las sentencias SL18447 y SL6911 de 2014, por medio de las cuales se reconocen las reliquidaciones de la pensión teniendo en cuenta sólo los aportes que sean favorables para el trabajador y, en este caso, los favorables fueron los realizados hasta 1998.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual transcurrió en silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...*las materias objeto del recurso de apelación...*” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: si el señor JAIRO MAYA ISAZA tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez calculando el IBL con el promedio de los últimos diez años, con fecha de corte 31 de diciembre de 1998.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente advierte la Sala que no es objeto de debate dentro del presente asunto: **(i)** Que el señor JAIRO MAYA ISAZA nació el 8 de enero de 1946 (f. 4); **(ii)** Que el actor elevó reclamación administrativa de la pensión de vejez, el 2 de noviembre de 2000, la cual le fue negada por el otrora ISS a través de Resolución No. 010755 del 31 de octubre de 2001 (f. 12); **(iii)** Que el 19 de julio de 2006 presentó una nueva reclamación de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 014974 del 28 de agosto de 2006, en cuantía de \$956.340, a partir del 8 de enero de 2006, liquidada con base en 1629 semanas cotizadas, un IBL de \$1.210.251, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 79,02% conforme la Ley 100 de 1993 (fs. 14-15); **(iv)** Que la pensión de vejez le fue reajustada al demandante con Resolución No. 10928 del 16 de junio de 2009, en la suma de \$959.086, a partir del 8 de enero de 2006, con base en 1746 semanas cotizadas, un IBL de \$1.213.879, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 79,01% (fs. 16-18) y; **(v)** Que al actor le volvió a ser reajustada su pensión de vejez, esta vez mediante Resolución SUB 192063 del 12 de septiembre de 2017, en la suma de \$1.413.529, a partir del 2 de agosto de 2014, con base en 1735 semanas cotizadas, un IBL de \$1.570.588, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% conforme el derecho 758 de 1990 (fs. 28-32).

De acuerdo con las circunstancias fácticas previamente anotadas, evidente resulta que el promotor de la acción es beneficiario del régimen de transición y que la norma que rige su derecho pensional es el Decreto 758 de 1990, pues así fue reconocido por la AFP a través del último acto administrativo que reliquidó la pensión de vejez.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone en su inciso tercero la forma para calcular el IBL de los afiliados beneficiarios del régimen de transición, anotando que este aparte normativo expresamente se refiere a los afiliados que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es decir, para quienes acrediten los requisitos de semanas y edad antes del 1º de abril de 2004, como quiera que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el mismo día y mes del año 1994, siendo a estos afiliados a los únicos que se les puede calcular el IBL con el promedio del

tiempo que les hiciera falta o el de toda la vida laboral si este les fuera más favorable, pues para los afiliados que les faltare un tiempo superior a 10 años, la forma para liquidar la mesada pensional es la establecida en el artículo 21 del mismo compendio normativo, que establece que el IBL se debe calcular con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años o con el promedio de toda la vida para los afiliados que cuenten con un mínimo de 1250 semanas cotizadas. Criterio señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias, entre las que podemos destacar la SL16827-2015 y la SL602-2023.

En el presente asunto, como ya se dijo, el demandante nació el 8 de enero de 1946, por lo que arribó a los 60 años, el mismo día y mes del año 2006, es decir, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de 10 años para acceder a la pensión de vejez, por lo cual su IBL se debe calcular conforme el artículo 21 de dicha norma, esto es, con el promedio de los últimos diez años o el cotizado durante toda la vida laboral, resaltando que lo pretendido en la demanda es que se utilice el primer método indicado y que se tenga como fecha de corte el 31 de diciembre de 1998, sin incluir las semanas cotizadas con posterioridad a esa calenda, bajo el argumento que el señor JAIRO MAYA ISAZA fue inducido en error por el otrora ISS para que continuara cotizando cuando le negó el derecho pensional mediante la Resolución No. 010755 del 31 de octubre de 2001.

Al tenor de lo solicitado por la parte demandante, se debe destacar que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, dispone que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada una vez reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12 del referido decreto, pero se hace necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la prestación.

Sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en una pacífica línea jurisprudencial, ha admitido dos circunstancias en las cuales resulta desproporcionado exigir la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez; la primera, en el evento en el que el afiliado no obstante haber causado el derecho pensional por reunir requisitos de edad y densidad de semanas, y haber solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto forzado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones en reconocer la prestación bajo el argumento de insuficiencia de semanas cotizadas y; la segunda, cuando del

comportamiento del afiliado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de retiro. (CSJ SL436-2022).

Por su parte, en la sentencia SL18447-2016 en la que se rememoró la y SL6911-2014, la Corporación de cierre indicó lo siguiente:

“De tal manera, el juez de segundo grado, no obstante señalar que la accionante había arribado a la edad de 55 años el 19 de julio de 2001, no se percató que para el 30 de agosto de 2003, fecha en la que se reportó el retiro del sistema, ya había reunido los requisitos para acceder a la pensión regulada en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, ello por ser beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que demuestra la negligencia por parte del Instituto de Seguros Sociales, pues no solo se demoró en reconocer el derecho pensional pretendido (ya que lo hizo con la Resolución 09160 de 24 de mayo de 2006, a partir del 1 de enero de ese mismo año), sino que, también, realizó un estudio erróneo sobre la historia laboral de la accionante, siendo en consecuencia beneficiaria del retroactivo solicitado.

Lo anterior en la medida que las cotizaciones que con posterioridad realizó la actora, obedecieron a la falta de respuesta oportuna por parte del demandado frente al reconocimiento de la prestación económica, las cuales, en todo caso, irían en detrimento de la afiliada, en tanto las mismas se efectuaron por valores inferiores, ya que para el mes de agosto de 2003, tenía un IBC de \$4.901.472, mientras que para el mes de febrero de 2005, data en la que nuevamente se efectuaron aportes, el IBC era de \$807.878, tal como da cuenta el documento de folio 89, que hace parte del obrante a folio 79 denunciado por la censura, en la medida que integra la historia laboral de la señora Portez de Roux.

Al respecto, esta Sala de la Corte, en sentencia de casación CSJ SL 6911 2014 rad. 44984, que reiteró la CSJ SL, 1 sep. 2009. Rad. 34514, dijo:

Esta Sala de la Corte ya se pronunció sobre el punto, en un proceso que versó sobre supuestos fácticos similares; en decisión del 1º de septiembre de 2009, radicación 34514, se expuso:

*«Como ya se esbozó, el origen de la alegada aplicación indebida de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, si es que la hubo, debió buscarse en el soporte fáctico de la decisión cuestionada que, como también ya se expresó, **consistió en estimar que fue negligente el ISS, no sólo por la tardanza en resolver la petición inicial y los recursos interpuestos por la vía gubernativa, sino, además, en no haber realizado el “minucioso estudio”, que sí desplegó previamente a la expedición de la Resolución No. 00010 del 1º de febrero de 1999, que lo condujo a colegir que dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 de edad, registraba 521 semanas cotizadas, lo que le permitía acceder a la prestación solicitada.***

A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario, verbigracia, cuando los aportes efectuados redundan en perjuicio del asegurado. Así, por ejemplo, en el fallo de casación de 7 de septiembre de 2004:

“Precisa la Sala, que si bien es cierto en otros asuntos de similares características a éste, se ha advertido que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, tal y como se dijo en la sentencia que rememora el recurrente de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, reiterada en la del 22 de julio de 2003, radicación 19794, tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.

Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, como sucede en el sub judice, donde las cotizaciones efectuadas se llevaron a cabo con un salario significativamente inferior que le reduciría ostensiblemente su ingreso base, así debe procederse.

Se argumenta lo precedente, porque si el fin de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, después de superado el tope mínimo exigido para acceder al derecho pensional reclamado y del cumplimiento de la edad, es el de incrementar el monto de la mesada, (parágrafo 3, Artículo 33 Ley 100 / 93, vigente para la época de los hechos) mal puede obrarse contrariando tal propósito y castigar a un afiliado, menguándole su base salarial para la tasación de la aludida pensión, por haber contribuido al sistema con un número mayor de aportes que supera tal límite para la tasación del crédito social pretendido.

Lo anterior se evidencia porque en el presente caso, la actora alcanzó a cotizar 1735 semanas, conforme se desprende del documento emanado de la misma demandada (Folio 7 a 10), esto es, hizo aportes en un número mayor a las 1250 semanas que le daban el derecho a un porcentaje máximo del 90% del ingreso base de liquidación conforme a los parámetros del artículo 20 aparte II, parágrafo 2° del Acuerdo 049 de 1990, expedido por el I.S.S., en concordancia con el Artículo 23 ibidem”. (Rad. 22630).

Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones”. (Resalta la Sala).

En este caso, contrario a lo argüido por la parte actora, no se encuentra acreditado que el ISS hoy COLPENSIONES hubiese inducido a error al entonces afiliado, pues la negativa del derecho que se realizó por la AFP a través de la Resolución No. 010755 del 31 de octubre de 2001, nada tuvo que ver con una deficiencia de semanas cotizadas, sino que el argumento de la decisión fue que el actor no había desempeñado labores en actividades calificadas como de alto riesgo, teniendo en cuenta que para la fecha en que elevó la reclamación administrativa, 2 de noviembre de 2000, contaba con 54 años de edad, es decir, no había alcanzado la edad mínima de 60 años para acceder a la pensión de vejez.

Es de resaltar que dentro del proceso el promotor de la acción no acreditó que hubiese laborado en alguna de las actividades calificadas como de alto riesgo en el Decreto 1281 de 1994, vigente para la fecha en que elevó la primera reclamación administrativa, y mucho menos probó que funcionarios del extinto ISS le hubiesen dado la indicación de continuar cotizando, motivo por el cual, a la única conclusión a la que puede arribar la Sala, es que el promotor de la acción continuó cotizando después del 31 de diciembre de 1998 por voluntad propia, como quiera que para dicha calenda no había cumplido la edad mínima de 60 años para acceder al derecho pensional y, por tanto, si desplegó una actividad laboral, era su obligación aportar al sistema de conformidad con lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, para liquidar la pensión de vejez del demandante se debía tener en cuenta hasta la última semana cotizada, como en efecto hizo la AFP demandada. No obstante, atendiendo que la pretensión principal de la demanda es el reajuste de la pensión calculando el IBL de los últimos diez años, procede la Sala a liquidar la prestación en esos términos a fin de verificar si fue correctamente calculada por COLPENSIONES.

Una vez efectuada las operaciones aritméticas de rigor, se obtuvo un IBL del promedio de los últimos diez años por la suma de \$343.768, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, toda vez que el en la historia laboral allegada por COLPENSIONES se registran 1735,43 semanas cotizadas entre 1° de mayo de 1968 y 30 de septiembre de 2003 (fs. 77-80), arrojó una mesada pensional para 2006, anualidad de reconocimiento, por valor de **\$1.042.968**, que al ser actualizada al año 2014 asciende a la suma de **\$1.413.529**, monto de mesada reajustada por COLPENSIONES mediante Resolución SUB 192063 del 12 de septiembre de 2017.

LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL								
Expediente:								
Afiliado(a):	JAIRO MAYA ISAZA			Nacimiento:	8/01/1946	60 años a	8/01/2006	
Edad a	1/04/1994	48		Última cotización:				
Sexo (M/F):	M			Desde	1/01/1992	Hasta:	31/07/2008	
Calculado con el IPC base 2008				Fecha a la que se indexará el cálculo				8/01/2006
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período en caso de varios empleadores.								
PERIODOS (DD/MM/AA)	SALARIO	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL	NOTAS DEL CÁLCULO	
DESDE	HASTA	COTIZADO	INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO		
27/04/1993	30/04/1993	234.720	17,4000	84,1000	4	1.134.480	1.134.480	1.261
1/05/1993	31/05/1993	234.720	17,4000	84,1000	31	1.134.480	1.134.480	9.769

1/06/1993	30/06/1993	234.720	17,4000	84,1000	30	1.134.480	1.134.480	9.454	
1/07/1993	31/07/1993	275.850	17,4000	84,1000	31	1.333.275	1.333.275	11.481	
1/08/1993	31/08/1993	275.850	17,4000	84,1000	31	1.333.275	1.333.275	11.481	
1/09/1993	30/09/1993	275.850	17,4000	84,1000	30	1.333.275	1.333.275	11.111	
1/10/1993	31/10/1993	275.850	17,4000	84,1000	31	1.333.275	1.333.275	11.481	
1/11/1993	30/11/1993	254.730	17,4000	84,1000	30	1.231.195	1.231.195	10.260	
1/12/1993	31/12/1993	254.730	17,4000	84,1000	31	1.231.195	1.231.195	10.602	
1/01/1994	31/01/1994	275.040	21,3300	84,1000	31	1.084.429	1.084.429	9.338	
1/02/1994	28/02/1994	275.040	21,3300	84,1000	28	1.084.429	1.084.429	8.434	
1/03/1994	31/03/1994	275.040	21,3300	84,1000	31	1.084.429	1.084.429	9.338	
1/04/1994	30/04/1994	295.748	21,3300	84,1000	30	1.166.076	1.166.076	9.717	
1/05/1994	31/05/1994	295.748	21,3300	84,1000	31	1.166.076	1.166.076	10.041	
1/06/1994	30/06/1994	236.417	21,3300	84,1000	30	932.146	932.146	7.768	
1/07/1994	31/07/1994	320.332	21,3300	84,1000	31	1.263.006	1.263.006	10.876	
1/08/1994	31/08/1994	320.332	21,3300	84,1000	31	1.263.006	1.263.006	10.876	
1/09/1994	30/09/1994	343.579	21,3300	84,1000	30	1.354.665	1.354.665	11.289	
1/10/1994	31/10/1994	352.299	21,3300	84,1000	31	1.389.046	1.389.046	11.961	
1/11/1994	30/11/1994	330.406	21,3300	84,1000	30	1.302.726	1.302.726	10.856	
1/12/1994	31/12/1994	712.332	21,3300	84,1000	31	2.808.585	2.808.585	24.185	
1/01/1995	31/01/1995	397.213	26,1500	84,1000	30	1.277.461	1.277.461	10.646	
1/02/1995	28/02/1995	471.091	26,1500	84,1000	30	1.515.057	1.515.057	12.625	
1/03/1995	31/03/1995	467.605	26,1500	84,1000	30	1.503.846	1.503.846	12.532	
1/04/1995	30/04/1995	448.707	26,1500	84,1000	30	1.443.069	1.443.069	12.026	
1/05/1995	31/05/1995	398.895	26,1500	84,1000	30	1.282.871	1.282.871	10.691	
1/06/1995	30/06/1995	386.082	26,1500	84,1000	30	1.241.663	1.241.663	10.347	
1/07/1995	31/07/1995	429.647	26,1500	84,1000	30	1.381.771	1.381.771	11.515	
1/08/1995	31/08/1995	619.670	26,1500	84,1000	30	1.992.897	1.992.897	16.607	
1/09/1995	30/09/1995	466.354	26,1500	84,1000	30	1.499.823	1.499.823	12.499	
1/10/1995	31/10/1995	482.901	26,1500	84,1000	30	1.553.039	1.553.039	12.942	
1/11/1995	30/11/1995	441.925	26,1500	84,1000	30	1.421.258	1.421.258	11.844	
1/12/1995	31/12/1995	1.093.262	26,1500	84,1000	30	3.515.997	3.515.997	29.300	
1/01/1996	31/01/1996	519.810	31,2400	84,1000	30	1.399.360	1.399.360	11.661	
1/02/1996	29/02/1996	664.737	31,2400	84,1000	30	1.789.513	1.789.513	14.913	
1/03/1996	31/03/1996	611.728	31,2400	84,1000	30	1.646.809	1.646.809	13.723	
1/04/1996	30/04/1996	556.371	31,2400	84,1000	30	1.497.785	1.497.785	12.482	
1/05/1996	31/05/1996	568.113	31,2400	84,1000	30	1.529.395	1.529.395	12.745	
1/06/1996	30/06/1996	550.779	31,2400	84,1000	30	1.482.731	1.482.731	12.356	
1/07/1996	31/07/1996	554.694	31,2400	84,1000	30	1.493.270	1.493.270	12.444	
1/08/1996	31/08/1996	554.694	31,2400	84,1000	30	1.493.270	1.493.270	12.444	
1/09/1996	30/09/1996	546.865	31,2400	84,1000	30	1.472.194	1.472.194	12.268	
1/10/1996	31/10/1996	554.693	31,2400	84,1000	30	1.493.268	1.493.268	12.444	
1/11/1996	30/11/1996	648.073	31,2400	84,1000	30	1.744.652	1.744.652	14.539	
1/12/1996	31/12/1996	1.349.043	31,2400	84,1000	30	3.631.707	3.631.707	30.264	
1/01/1997	31/01/1997	703.395	38,0000	84,1000	30	1.556.724	1.556.724	12.973	
1/02/1997	28/02/1997	791.076	38,0000	84,1000	30	1.750.776	1.750.776	14.590	
1/03/1997	31/03/1997	748.213	38,0000	84,1000	30	1.655.914	1.655.914	13.799	
1/04/1997	30/04/1997	814.175	38,0000	84,1000	30	1.801.898	1.801.898	15.016	
1/05/1997	31/05/1997	828.033	38,0000	84,1000	30	1.832.568	1.832.568	15.271	
1/06/1997	30/06/1997	669.194	38,0000	84,1000	30	1.481.032	1.481.032	12.342	
1/07/1997	31/07/1997	693.313	38,0000	84,1000	30	1.534.411	1.534.411	12.787	
1/08/1997	31/08/1997	707.919	38,0000	84,1000	30	1.566.737	1.566.737	13.056	
1/09/1997	30/09/1997	625.210	38,0000	84,1000	30	1.383.688	1.383.688	11.531	
1/10/1997	31/10/1997	770.763	38,0000	84,1000	30	1.705.820	1.705.820	14.215	

1/11/1997	30/11/1997	698.068	38,0000	84,1000	30	1.544.935	1.544.935	12.874	
1/12/1997	31/12/1997	1.550.539	38,0000	84,1000	30	3.431.588	3.431.588	28.597	
1/01/1998	31/01/1998	825.094	44,7200	84,1000	30	1.551.664	1.551.664	12.931	
1/02/1998	28/02/1998	782.700	44,7200	84,1000	30	1.471.938	1.471.938	12.266	
1/03/1998	31/03/1998	808.790	44,7200	84,1000	30	1.521.003	1.521.003	12.675	
1/04/1998	30/04/1998	956.035	44,7200	84,1000	30	1.797.910	1.797.910	14.983	
1/05/1998	31/05/1998	808.790	44,7200	84,1000	30	1.521.003	1.521.003	12.675	
1/06/1998	30/06/1998	782.700	44,7200	84,1000	30	1.471.938	1.471.938	12.266	
1/07/1998	31/07/1998	808.790	44,7200	84,1000	30	1.521.003	1.521.003	12.675	
1/08/1998	31/08/1998	800.637	44,7200	84,1000	30	1.505.670	1.505.670	12.547	
1/09/1998	30/09/1998	782.700	44,7200	84,1000	30	1.471.938	1.471.938	12.266	
1/10/1998	31/10/1998	808.790	44,7200	84,1000	30	1.521.003	1.521.003	12.675	
1/11/1998	30/11/1998	782.700	44,7200	84,1000	30	1.471.938	1.471.938	12.266	
1/12/1998	16/12/1998	1.798.090	44,7200	84,1000	16	3.381.471	3.381.471	15.029	
1/04/1999	30/04/1999	481.482	52,1800	84,1000	30	776.018	776.018	6.467	
1/05/1999	31/05/1999	481.482	52,1800	84,1000	30	776.018	776.018	6.467	
1/06/1999	30/06/1999	481.482	52,1800	84,1000	30	776.018	776.018	6.467	
1/07/1999	31/07/1999	481.482	52,1800	84,1000	30	776.018	776.018	6.467	
1/08/1999	31/08/1999	481.481	52,1800	84,1000	30	776.017	776.017	6.467	
1/09/1999	30/09/1999	472.919	52,1800	84,1000	30	762.217	762.217	6.352	
1/10/1999	31/10/1999	472.919	52,1800	84,1000	30	762.217	762.217	6.352	
1/11/1999	30/11/1999	472.919	52,1800	84,1000	30	762.217	762.217	6.352	
1/12/1999	31/12/1999	472.919	52,1800	84,1000	30	762.217	762.217	6.352	
1/02/2000	29/02/2000	472.918	57,0000	84,1000	30	697.761	697.761	5.815	
1/03/2000	31/03/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/04/2000	30/04/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/05/2000	31/05/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/06/2000	30/06/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/07/2000	31/07/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/08/2000	31/08/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/09/2000	30/09/2000	472.919	57,0000	84,1000	30	697.763	697.763	5.815	
1/10/2000	31/10/2000	330.000	57,0000	84,1000	30	486.895	486.895	4.057	
1/11/2000	30/11/2000	520.000	57,0000	84,1000	30	767.228	767.228	6.394	
1/12/2000	31/12/2000	520.000	57,0000	84,1000	30	767.228	767.228	6.394	
1/01/2001	31/01/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/02/2001	28/02/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/03/2001	31/03/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/04/2001	30/04/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/05/2001	31/05/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/06/2001	30/06/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/07/2001	31/07/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/08/2001	31/08/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/09/2001	30/09/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/10/2001	31/10/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/11/2001	30/11/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/12/2001	31/12/2001	572.000	61,9900	84,1000	30	776.015	776.015	6.467	
1/01/2002	31/01/2002	572.000	66,7300	84,1000	30	720.893	720.893	6.007	
1/02/2002	28/02/2002	572.000	66,7300	84,1000	30	720.893	720.893	6.007	
1/03/2002	31/03/2002	572.000	66,7300	84,1000	30	720.893	720.893	6.007	
1/04/2002	30/04/2002	572.000	66,7300	84,1000	30	720.893	720.893	6.007	
1/05/2002	31/05/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/06/2002	30/06/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/07/2002	31/07/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	

1/08/2002	31/08/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/09/2002	30/09/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/10/2002	31/10/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/11/2002	30/11/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/12/2002	31/12/2002	571.852	66,7300	84,1000	30	720.707	720.707	6.006	
1/01/2003	31/01/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/02/2003	28/02/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/03/2003	31/03/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/04/2003	30/04/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/05/2003	31/05/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/06/2003	30/06/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/07/2003	31/07/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
1/08/2003	31/08/2003	664.000	71,4000	84,1000	30	782.106	782.106	6.518	
	TOTALES				3.600		4.692.639	1.158.853	
	TOTAL SEMANAS COTIZADAS					514,29			
	TASA DE REEMPLAZO	90%			PENSION			1.042.968	

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES. CALCULADA		
AÑO	IPC Variación	MESADA
2.006	0,0448	1.042.968
2.007	0,0569	1.089.693
2.008	0,0767	1.151.696
2.009	0,0200	1.240.032
2.010	0,0317	1.264.832
2.011	0,0373	1.304.927
2.012	0,0244	1.353.601
2.013	0,0194	1.386.629
2.014	0,0366	1.413.529

Conforme lo expuesto, se tiene que si bien en principio la AFP no había liquidado en debida forma la pensión de vejez al demandante, ya que no tuvo en cuenta que éste era beneficiario del régimen de transición, dicho error fue corregido con el acto administrativo del 12 de septiembre de 2017, sin que a la fecha exista diferencia insoluta que deba ser reconocida por COLPENSIONES, por lo que se confirmará la sentencia en ese sentido.

Costas en instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

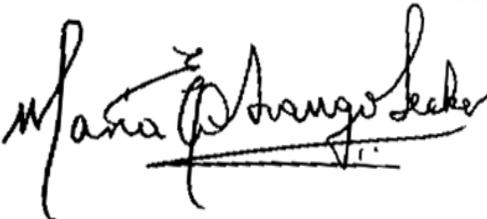
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 266 del 20 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV, al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *FREDERMAN ORTIZ*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTRO*
RADICACIÓN: *76001-31-05-005-2023-00048-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de julio 17 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional*
DECISIÓN: *ADICIONA*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 192 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **FREDERMAN ORTIZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-005-2023-00048-01**.

SENTENCIA No. 226

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de su traslado de COLPENSIONES a PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, devolución por todos

¹ Fs. 4-15 Archivo 03 Expediente Digital

los aportes y rendimientos debidamente indexados, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS y a incrementar a los fondo recibidos el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones; se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y aceptar el traslado del valor acumulado en la cuenta de ahorro individual junto a todos los rendimientos y se le ordene a adicionar el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos y que liquide, cobre y reciba las sumas actualizadas de los aportes para pensiones y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 26 de junio de 1962; que se afilió al RPMPD, el 11 de septiembre de 1991, cotizando en dicho régimen un total de 673.43; que su empleador lo trasladó a AFP PORVENIR S.A., sin siquiera consultarle; que en el transcurso de los años que ha estado en PORVENIR S.A., nunca se le asesoró ni le elaboró una proyección que le permitiera elegir la conveniencia, las ventajas y desventajas, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y la mesada con que habría de pensionarse; que en ejercicio de su derecho de retracto solicitó su retorno al RPMPD, pero la petición le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PORVENIR S.A.². La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, teniendo en cuenta que en la afiliación realizada no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, por cuanto la AFP cumplió a cabalidad con su deber de asesoría, además se ratificó con la suscripción del formulario de afiliación en el cual expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del

² Fs. 3-19 Archivo 08 Expediente Digital

RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que pretender conseguir la declaración de una nulidad para el supuesto fáctico que se narra es a todas luces improcedente, siendo que no es beneficiario del régimen de transición su pensión se liquidará en virtud de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, así que si se aceptaran sus argumentos sería erróneamente creer que es desfavorable el RAIS sobre el RPM, situación que evidentemente no es cierta, ya que cada régimen trae beneficios y desventajas por sobre el otro, lo que no faculta ipso a facto a los afiliados para alegar engaños y demandar nulos actos que fueron realizados con plena conciencia de generar los efectos jurídicos que de ellos se emanan. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 192 del 17 de julio de 2023, declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS del señor FREDERMAN ORTIZ, acaecido el 17 de septiembre de 1994, retornándolo en consecuencia, al RPMPD; condenó a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, seguros previsionales, bonos pensionales -si los hubiere constituidos-, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su patrimonio propio; ordenó a COLPENSIONES recibir la afiliación al RPMPD del actor y la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual; ordenó a PORVENIR S.A., a reintegrar al demandante, si los hubiere, los valores aportados por concepto de cotizaciones voluntarias que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y; condenó en costas a las demandadas.

³ Fs. 3-14 Archivo 07 Expediente Digital

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha señalado que las AFP siempre han tenido a su cargo el deber de información y, por ello, tiene la carga probatoria de demostrar que proporcionaron una información completa al momento de la afiliación, pero como PORVENIR S.A. no había cumplido con dicha carga procesal, debida declararse ineficaz el acto del traslado de régimen pensional, lo cual era imprescriptible y que aparejaba como consecuencia que se trasladen todos los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los gastos de administración, estos últimos con cargo a sus propios recursos.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia y sin mostrar inconformidad alguna frente a la administración de sus cotizaciones en PORVENIR S.A., razón por la que es dicha AFP la que eventualmente debe resolver su situación pensional, pues la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de régimen pensional no sólo va en contravía de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sino que afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y poner en peligro el derecho pensional de los demás afiliados.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. PORVENIR S.A. insistió en la tesis planteada al contestar la demanda. La parte demandante guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias

objeto del recurso de apelación...” de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor FREDERMAN ORTIZ al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia del promotor de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que el señor FREDERMAN ORTIZ se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 11 de septiembre de 1981, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 30 de septiembre de 1994 (fs. 2-10 Archivo 04 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 17 de septiembre de 1994 (f. 90 Archivo 08 ED) y; **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de octubre de 1994 (f. 96 Archivo 08 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del

2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”* (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien el actor suscribió el formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas

las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor FREDERMAN ORTIZ; no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del

demandante, incluidos los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente al demandante, ilustrándolo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que esa AFP no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP,

por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

De modo que, le asiste la obligación a la AFP del RAIS de retornar los gastos de administración, como también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ultimo concepto omitido en la sentencia por el a quo, pero que también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

Acorde con lo anterior, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PORVENIR S.A. deberá transferir además los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos conceptos con cargo a sus propios recursos y, además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos

constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en cuanto que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida

en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora.

Finalmente, en lo que respecta a la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, encuentra esta Sala Mayoritaria correcta la decisión del *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron las AFP demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES porque el análisis del asunto se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el cual subsume el recurso de apelación interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 192 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

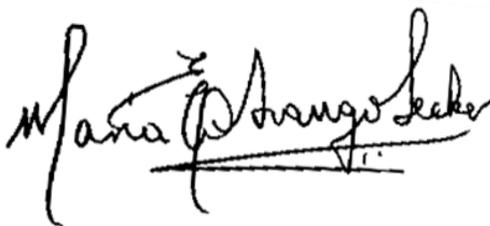
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar también a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el señor **FREDERMAN ORTIZ** estuvo afiliado al RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES de la primera instancia.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que

no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

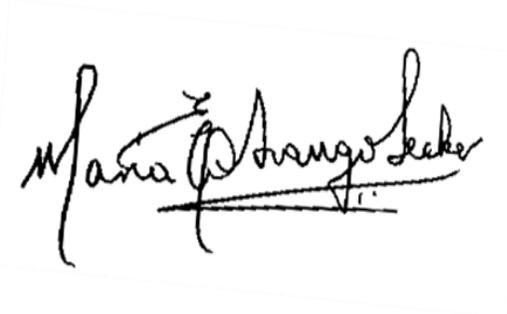
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un

justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', with a horizontal line underneath.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTRO*
RADICACIÓN: *76001-31-05-005-2023-00010-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de julio 17 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional*
DECISIÓN: *ADICIONA*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 191 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-005-2023-00010-01**.

SENTENCIA No. 225

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de su traslado desde el RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS

¹ Fs. 2-12 Archivo 06 Expediente Digital

administrado por PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. a colocar a disposición de COLPENSIONES todos los valores que reposan en su poder a título de cotizaciones, bonos pensionales y las cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos; se condene a COLPENSIONES a recibir las cotizaciones realizadas en el RAIS, bonos pensionales y las cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Para respaldar sus pedimentos, manifestó que se afilió y cotizó en COLPENSIONES desde mayo de 1984 hasta septiembre de 1994; que en octubre de 1994 se trasladó a PORVENIR S.A., entidad en la cual continuó cotizando; que al momento del traslado la AFP no le indicó las diferencias que existían entre el RPM y el RAIS, ni le realizó una proyección del monto de pensión que recibiría en cada uno de los regímenes pensionales, por lo que al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional no recibió una información clara, calificada y suficiente; que solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPMPD, pero la misma fue rechazada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PORVENIR S.A.². La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que sus asesores, los cuales están debidamente capacitados, informaron de manera verbal las ventajas y desventajas de ambos regímenes, como las condiciones y los requisitos para acceder a una pensión teniendo en cuenta unas variables, tales como: 1. La edad del pensionado y su grupo familiar, determinando la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de pensión; 2. El capital acumulado a la fecha de cálculo y; 3. La tasa de rentabilidad esperada del Fondo Especial de Retiro Programado a largo plazo, lo cual conllevó a que, de manera libre, voluntaria y sin presiones, el demandante realizara la afiliación, como se evidencia en el formulario al momento de plasmar la rúbrica. Agregó, que para la época en que se dio el traslado, no era obligatorio para las AFP realizar proyecciones pensionales. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir - inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos

² Fs. 2-13 Archivo 12 Expediente Digital

de administración en caso de condena, restituciones mutuas y la innominada.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues durante más de 28 años se mantuvo en el mismo, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado, por lo que dicha actuación es legal y válida, y no se ha demostrado ningún vicio en el consentimiento, además que la selección de cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 191 del 17 de julio de 2023, declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS del señor FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, acaecido el 6 de septiembre de 1994, retornándolo en consecuencia, al RPMPD; condenó a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, seguros previsionales, bonos pensionales -si los hubiere constituido-, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su patrimonio propio; ordenó a COLPENSIONES recibir la afiliación al RPMPD del actor y la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual; ordenó a PORVENIR S.A., a reintegrar al demandante, si los hubiere, los valores aportados por concepto de cotizaciones voluntarias que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y; condenó en costas a las demandadas.

En respaldo de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha señalado que las AFP siempre han tenido a su cargo el deber de información y, por ello, tiene la

³ Fs. 3-13 Archivo 10 Expediente Digital

carga probatoria de demostrar que proporcionaron una información completa al momento de la afiliación, pero como PORVENIR S.A. no había cumplido con dicha carga procesal, debía declararse ineficaz el acto del traslado de régimen pensional, lo cual era imprescriptible y que aparejaba como consecuencia que se trasladen todos los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los gastos de administración, estos últimos con cargo a sus propios recursos.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia y sin mostrar inconformidad alguna frente a la administración de sus cotizaciones en PORVENIR S.A., razón por la que es dicha AFP la que eventualmente debe resolver su situación pensional, pues la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de régimen pensional no sólo va en contravía de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sino que afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y poner en peligro el derecho pensional de los demás afiliados.

PORVENIR S.A. apeló el fallo frente a la condena de retornar los gastos de administración argumentando que éstos están sometidos al término de prescripción al no ser derechos irrenunciables del afiliado, además que los mismos generaron los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor y dicho rubro también le hubiera sido cobrado de haber permanecido en el RPMPD.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el

artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia del promotor de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que el señor FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 3 de mayo de 1984, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 21 de julio de 1994 (fs. 146-147 Archivo 11 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., el 6 de septiembre de 1994 (f. 82 Archivo 12 ED) y; **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de octubre de 1994 (f. 79 Archivo 12 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando

no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* (Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”* (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien el actor suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento

libre, voluntario e informado y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ; no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente al demandante, ilustrándolo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no

existen razones jurídicas para que esa AFP no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Es decir, le asiste la obligación a la AFP del RAIS de retornar los gastos de administración, como también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ultimo concepto omitido en la sentencia por el a quo, pero que también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

Acorde con lo anterior, se considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PORVENIR S.A. deberá transferir además los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos conceptos con cargo a sus propios recursos y, además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en

esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en cuanto que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales

pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora.

Finalmente, En lo que respecta a la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, encuentra esta Sala Mayoritaria correcta la decisión del *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron las AFP demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES porque el análisis del asunto se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el cual subsume el

recurso de apelación interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 191 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

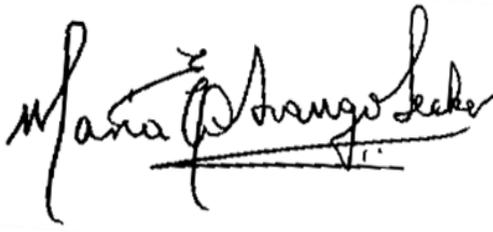
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar también a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el señor **FABIO RODRÍGUEZ MUÑOZ** estuvo afiliado al RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES de la primera instancia.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

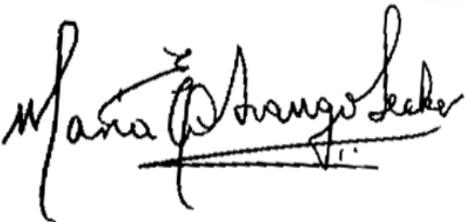
Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: SANDRA ESMERALDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-004-2022-00364-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de marzo 8 de 2023
ORIGEN: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN: Adiciona.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **SANDRA ESMERALDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-004-2022-00364-01**.

SENTENCIA No. 224

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare la nulidad del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones junto

¹ Fs. 2-7 Archivo 02 Expediente Digital

con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y; se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 7 de agosto de 1969; que desde sus inicios laborales fue inscrita, afiliada y por ende cotizó para con el entonces ISS; que, a mediados del año 2000, fue abordada por un asesor comercial de PORVENIR S.A., quien la convenció de trasladarse al RAIS con base en criterios del nuevo Sistema Pensional, generando falsas expectativas en cuanto al derecho pensional, por lo que mantuvo durante los últimos años la expectativa de pensionarse en un monto cercano al salario sobre el cual ha cotizado, pero pese a ello, luego de verificar su salario actual e instruirse se percató que no obtendrá una mesada pensional que cumpla sus expectativas por cuanto el fondo privado de pensiones no les beneficioso para dicho fin; que al cumplir sus 49 años de edad no se le realizó la doble asesoría a la que están obligadas a brindar las administradoras de pensiones; que solicitó información sobre la asesoría que recibió al momento del traslado, pero no le fue proporcionada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la elección del régimen pensional es única y exclusivamente por parte del afiliado; además, que, al momento de realizarse el traslado, era una obligación por parte de PORVENIR S.A. brindar una información clara, congruente y completa que le permitiera a la hoy demandante hacer buen uso de su derecho de elección, razón por la cual debe continuar con la AFP que de forma libre escogió. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A.³ La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que lo expuesto por la parte actora corresponde a manifestaciones subjetivas e infundadas, pues la AFP, a través de sus asesores, los cuales están debidamente capacitados, informaron de manera verbal las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual conllevó a que, de manera libre, voluntaria y sin presiones realizara la afiliación. Propone como excepciones de fondo las que denominó:

² Fs. 2-9 Archivo 08 Expediente Digital

³ Fs. 2-13 Archivo 11 Expediente Digital

Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir-inexistencia de la obligación, buena fe, restituciones mutuas y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia del 6 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** y la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías - **PORVENIR S.A.**, por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora **SANDRA ESMERALDA VASQUEZ RODRIGUEZ** realizada en el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, que proceda a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** - la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora **SANDRA ESMERALDA VASQUEZ RODRÍGUEZ**, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** que proceda a recibir por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora **SANDRA ESMERALDA VASQUEZ RODRÍGUEZ** en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima esto último a cargo de su propio patrimonio y se ordenara a **COLPENSIONES** que afilie al demandante sin imponerle cargas adicionales.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.

SEXTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la suma de **\$1'160.000 mil pesos** por concepto de costas procesales y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a la suma de **\$300.000 mil pesos** por concepto de costas procesales.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que de acuerdo con el artículo 48 de la C.P., el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, las AFP debían cumplir con el deber de información que existía para el momento en que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, pero no cumplió con la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares, por ejemplo, que consecuencias tendría el traslado de régimen pensional, que beneficios obtendría y cuales perdería, y que perjuicios se generarían, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos durante el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que resulta improcedente que se ordene devolver los gastos de administración, pues el artículo 20 de la ley 100 de 1993 permite dicho descuento, el cual incluye el pago de la prima de seguros previsionales para las pensiones de invalidez y sobrevivencia, lo cual opera en ambos regímenes pensionales, por lo cual ello fue un acto legítimo de la AFP. Agregó, que la entidad no debió ser condena en costas, toda vez que nunca se opuso al traslado y tenía animo conciliatorio.

COLPENSIONES también apeló el fallo argumentado que no sólo se deben trasladar los aportes, sino también el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y todos los rubros que fueron administrados por PORVENIR S.A., debidamente indexados, especificando la rentabilidad que generaron los recursos en el RAIS. Además, que se deben revocar las costas procesales, pues lo cierto es la entidad no participó en la afiliación de la demandante al RAIS.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Los sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad

para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora SANDRA ESMERALDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a las demandadas por el juez de primera instancia resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** que la señora SANDRA ESMERALDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 9 de noviembre de 1994, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de mayo de 1999 (Archivo 09 ED); **ii)** Que el 3 de abril de 2000 suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A. (f. 76 Archivo 11 ED) y; **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1° de mayo de 2000 (f. 71 Archivo 11 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, “... el primero *debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*” (Subraya la Sala). Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que “ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”. (Resalta esta Sala).

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede

pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

Si bien la promotora de la acción suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que ésta conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó elemento de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora SANDRA ESMERALDA VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, pues ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros y, adicionalmente, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el el tiempo en que la demandante estuvo vinculada al RAIS, tal como lo reclama COLPENSIONES en su recurso de alzada.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente a la demandante, ilustrándola acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que la AFP del RAIS no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración y demás emolumentos cobrados, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Sin embargo, conforme lo solicitado en la apelación por COLPENSIONES, habrá de adicionarse la sentencia en el entendido que el a quo omitió señalar que, al momento de cumplirse esa orden por las AFP del RAIS, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde las sentencias CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópic. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con*

posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, encuentra esta Sala correcta la decisión del *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron las AFP demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado el recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES porque el análisis del asunto se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el cual subsume el recurso de apelación interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

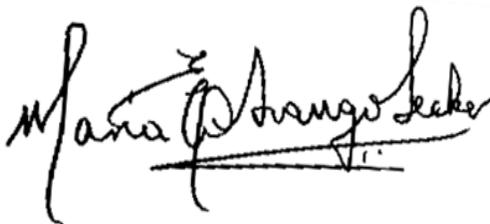
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido que, al momento de cumplirse la orden impartida a **PORVENIR S.A.**, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES de la primera instancia.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a

las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

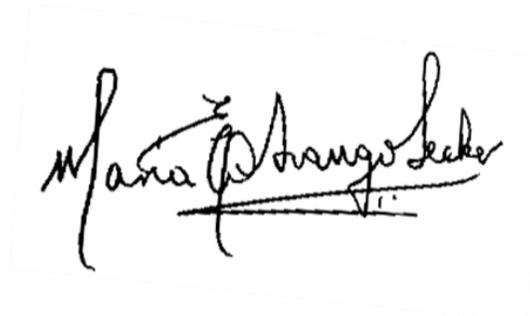
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la

planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', enclosed in a thin black rectangular border. The signature is fluid and cursive, with a horizontal line drawn across the bottom of the letters.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-31-05-002-2021-00321-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de marzo 15 de 2023
ORIGEN: Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN: Adiciona.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 064 del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-002-2021-00321-01**.

SENTENCIA No. 223

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado a COLFONDOS S.A., el 9 de noviembre de 1994, como los traslados entre AFP realizados con

¹ Fs. 2-13 Archivo 03 Expediente Digital

COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 19 de diciembre de 1995 y, en PORVENIR S.A., el 18 de enero de 2001; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. autorizar el traslado al RPMPD y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivos de sus afiliaciones en AFP del RAIS; se ordene a COLPENSIONES afiliarla en el RPMPD y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 9 de febrero de 1962; que se afilió al otrora ISS, el 1° de marzo de 1981 y cotizó en esa entidad hasta el 30 de mayo de 1994; que el 9 de noviembre de 1994 se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., posteriormente se vinculó con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, finalmente, se afilió en PORVENIR S.A.; que realizó el traslado de régimen pensional y los traslados entre AFP debido que todos los asesores le indicaron que era la mejor decisión, pero no le informaron las consecuencias negativas de esa la misma; que en marzo de 2020 solicitó a PORVENIR S.A. una proyección de su pensión, siendo informada que sería equivalente al SLLMV, mientras que de haber permanecido en el RPMPD, su pensión sería de \$1.522.867.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que una vez se ha accedido al sistema pensional en aplicación del derecho a la libre escogencia, para movilizarse dentro del mismo, el legislador tuvo a bien establecer una serie de limitaciones que, como lo analizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-1024 de 2004, son medidas adecuadas y tienen un objetivo acorde con la Constitución, pues pretenden mantener el sistema pensional capitalizado y viable económicamente, por ello, entre las limitantes impuestas, se estableció la prohibición total al traslado entre regímenes pensionales para cierto grupo de afiliados, con base en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que señala que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Ausencia de los requisitos legales para efectuar traslado de régimen pensional; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de

² Fs. 2-21 Archivo 11 Expediente Digital

régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; prescripción; buena fe; genérica.

PROTECCIÓN S.A.³. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando en su defensa que al momento de cada traslado entrega toda la información a sus posibles afiliados para que estos tomen una decisión consciente y libre de toda coacción respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, actuando de manera profesional, transparente y prudente, fue así como la afiliada decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado entre administradoras y no por la presunta falta de información por parte de los funcionarios de la entidad al momento efectuar el traslado de régimen pensional, por lo que no puede pretender desconocer la información brindada, so pretexto de fundar una presunta falta de asesoría. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Validez de afiliación a PROTECCIÓN S.A.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES al haber sido trasladados a PORVENIR S.A.; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación; innominada.

COLFONDO S.A.⁴. La administradora se opuso a las prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que al momento del traslado si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el RAIS del cual venía afiliada, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados

³ Fs. 2-30 Archivo 12 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-23 Archivo 15 Expediente Digital

a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración y la innominada.

PORVENIR S.A.⁵. La AFP del RAIS se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que; de acuerdo con los soportes que se encuentran en el archivo de entidad, la demandante al momento de realizar la afiliación al RAIS, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, limitaciones, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 064 del 15 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN y PORVENIR S.A

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ** con las **AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN y PORVENIR S.A**

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar nuevamente el regreso de **LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

CUARTO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, para que, una vez ejecutoriada esta decisión, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que aparezcan consignados en la cuenta de ahorro individual de **LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ**, tales como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales y gastos de administración se reitera hubieren ingresado en su cuenta de ahorro individual.

⁵ Fs. 2-32 Archivo 14 Expediente Digital

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se tasan en la suma de \$2.000.000 para cada una de las entidades demandadas.

SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA por ser adversa a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que era el fondo de pensiones quien debió demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera a la afiliada decidir con todos los elementos de juicio cual régimen sería mejor para ella a partir del momento en que se produjo la afiliación, en razón a que las AFP, desde su creación, tienen el deber de brindar a los afiliados una información cierta, suficiente y oportuna para que éstos puedan tomar una decisión consciente, pero como ello no había sido acreditado dentro del proceso, se abría paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES presentó recurso de alzada argumentando que, dentro de la jurisprudencia invocada en la sentencia, además de declarar la ineficacia, se ordena el traslado o reintegro que deben hacer todas las AFP a las que perteneció la demandante de los rendimientos y el porcentaje de los seguros previsionales, los cuales deben ser detallados y discriminados, de conformidad con el principio de sostenibilidad financiera, pues es la entidad la que eventualmente deberá reconocer la pensión a la actora.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró los argumentos de alzada. PORVENIR S.A. insistió en los argumentos de defensa de la contestación de la demanda. La parte demandante solicitó la confirmación del fallo bajo la tesis del libelo introductor. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar

expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas, la devolución indexada de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que la señora LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 28 de julio de 1981, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 30 de noviembre de 1994 (f. 2 Archivo 04 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., el 9 de noviembre de 1994 (f. 15 Archivo 04 ED); **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1º de diciembre de 1994 (f. 32 Archivo 12 ED); **iv)** Que suscribió formulario de vinculación con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 14 de diciembre de 1995 (f. 39 Archivo 12 ED) y; **v)** Que suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A., el 18 de enero de 2001, siendo esa la AFP en la que se encuentra actualmente vinculada (f. 36-37 Archivo 14 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado

la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, “... el primero *debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*” (Subraya la Sala). Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989

del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que “ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”. (Resalta esta Sala).

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó COLFONDOS S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas

que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien la actora suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que la promotora de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que ésta última pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a COLFONDOS S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se les exigió a las AFP privadas convocadas al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron, pues no aportaron ningún elemento de prueba, más allá del formulario de afiliación para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ, no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente a la demandante, ilustrándola acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de los fondos privados, no existen razones jurídicas para que éstas no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

En ese sentido, se adicionará la sentencia, pues la a quo omitió referirse a los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ que también ha de reintegrar PORVENIR S.A., así como de la obligación que también les asiste a PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A. de retornar los gastos de administración que cobraron durante el tiempo en que la actora estuvo vinculada con dichas AFP y; además, también omitió pronunciarse frente a la obligación de las AFP del RAIS, de retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. deberán transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una de dichas AFP del RAIS (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópic. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero

al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

En lo que respecta a la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, encuentra esta Sala Mayoritaria correcta la decisión del *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. que señala en su numeral uno *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que

incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron las AFP demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES porque el análisis del asunto se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el cual subsume el recurso de apelación interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 064 del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar también los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ PATRICIA ZULETA CRUZ** y, adicionalmente **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** deberán trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en cada una de las AFP del RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES de la primera instancia.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las

consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

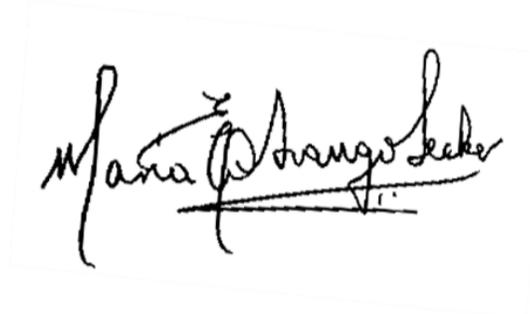
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan

a no dudar lo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, reading "María Isabel Arango Secker". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada